

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU PRINCIPE

DE LA

RESPONSABILITÉ CIVILE DES NOTAIRES

ET DE

SON APPLICATION SPÉCIALE

En Matière de Prêts Hypothécaires

PAR

MAURICE DOUBLET

Diplômé de l'École de Notariat de Paris.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le *Mardi 18 Juin 1901*, à 10 heures

Président : M. MASSIGLI, Professeur.

Suffragants : { MM. BOISTEL } *Professeurs.*
 PLANIOL }

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS & DES ARRÊTS

FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, rue Soufflot (5^e arrond.)

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1901

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

Imprimerie des Malmaisons

A. JEQUIER

27, Rue Gandon, 27

PARIS

CLASSE
TENTHREE
JAN 1911

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU PRINCIPE

DE LA

RESPONSABILITÉ CIVILE DES NOTAIRES

ET DE

SON APPLICATION SPÉCIALE

En Matière de Prêts Hypothécaires

PAR

MAURICE DOUBLET

Diplômé de l'École de Notariat de Paris.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le *Mardi 18 Juin 1901, à 10 heures*

Président : M. MASSIGLI, Professeur.

Suffragants : { MM. BOISTEL
 PLANIOL } *Professeurs.*



PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS & DES ARRÊTS

FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, rue Soufflot (5^e arrond.)

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1901

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux Opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550225_0007

INTRODUCTION

Historique sommaire de l'organisation du Notariat.

C'est à tort que beaucoup d'historiographes du droit, sous l'empire d'un culte mal calculé pour l'institution dont ils retracent la genèse, s'efforcent d'en placer le berceau aux temps les plus reculés.

C'est ainsi qu'on prétend trouver les origines du Notariat dans la Rome antique, mais il nous sera donné d'établir au cours de cette étude que le Notaire moderne ne présente avec les fonctionnaires romains qu'on lui compare que de vagues analogies insuf-

fisantes à établir entre eux et lui aucun rapport de filiation.

Ce fut Charlemagne qui le premier investit les notaires du pouvoir d'imprimer à leurs actes le caractère de l'autorité publique. Il les nomme dans ses Capitulaires « Judices chartularii » et semble, par cette dénomination énergique, avoir conçu l'idée du Notaire tel qu'il se présente de nos jours.

Mais l'heureuse inspiration de ce grand empereur n'eut guère de résultats pratiques, et la première réforme efficace appartient à Philippe-le-Bel, qui, dans une ordonnance de 1304, obligea les Notaires provinciaux à transcrire les actes qu'ils recevraient sur des registres tenus à cet effet.

Charles VI, par une ordonnance de 1487, ne fit que développer l'idée de son prédécesseur en étendant cette mesure aux Notaires de Paris.

Mais ces dispositions ne reçurent qu'une

exécution très incomplète et François I^{er} dut les renouveler. Par l'article 137 de l'ordonnance de Villers-Cotterets il obligea tous les Notaires de France de tenir registre des contrats qu'ils recevraient, et leur permit en outre par lettres patentes, en 1541, d'employer des scribes ou clercs à la rédaction de leurs écrits.

En dépit de ces réformes la mission du Notaire reste encore assez modeste, et nous constatons à cette époque la coexistence de plusieurs fonctions chargées de la compléter. C'est ainsi que nous rencontrons :

Le Tabellion qui reçut de François I^{er} en 1542 le droit exclusif de délivrer des grosses des actes notariés.

Le garde-scel, chargé d'apposer le sceau de la juridiction sur les jugements et contrats afin qu'ils pussent bénéficier du caractère d'authenticité.

Le garde-notes créé par un édit de Henri III en 1575, pour recueillir les archives de tout

Notaire qui cesserait ses fonctions et délivrer des expéditions de ses Minutes. Son rôle — on le voit — présentait quelque analogie avec celui qu'assume de nos jours le Notaire qui, après le décès d'un de ses collègues, est nommé administrateur provisoire de son étude pendant les opérations de liquidation et de partage.

Enfin, par un édit de 1597, Henri IV supprima les offices de tabellion et de gard-notes et les cumula dans la personne du Notaire (1). Cette disposition de Henri IV a, au point de vue historique, une importance considérable, non seulement parce qu'elle s'étendait uniformément à tout le Royaume, mais surtout parce qu'elle marque une transformation capitale dans l'institution qui nous occupe. A compter de ce jour, le notaire a dépouillé définitivement les derniers ves-

(1) De Langlade. *Répertoire de la Législation universelle du Notariat*, vol. I, 2^e Edition.

tiges de son rôle de scribe pour revêtir la qualité d'officier public. Son concours matériel à la rédaction des actes s'efface et ne sera désormais presque plus pris en considération, tandis que sa participation morale va se dégager et se préciser chaque jour davantage. Sa fonction s'intellectualise pour ainsi dire; ce n'est plus sa plume qu'il louera aux parties, c'est son caractère officiel, c'est l'ascendant de son autorité légale qu'il mettra à leur disposition et imprimera à leurs conventions.

Enfin Louis XIV, par un édit de décembre 1696, conféra aux Notaires les pouvoirs des officiers-scelleurs qu'il venait de supprimer et les autorisa à apposer eux-mêmes sur leurs actes un sceau aux armes royales.

Il couronna ainsi le lent travail d'évolution qui s'était opéré jusqu'à lui, et mettant la dernière main à l'ébauche que ses prédécesseurs avaient successivement affinée, il

donna au Notaire Moderne sa physionomie définitive. Sans doute, l'institution du Notariat ne jouissait pas, à cette époque, de la cohésion qu'elle a acquise de nos jours. C'est ainsi qu'on distinguait notamment les Notaires royaux relevant de la couronne et les Notaires seigneuriaux relevant des seigneurs; mais à part ces différents accessoires, ces deux classes d'officiers publics ne se distinguaient l'une de l'autre que par l'étendue de leurs ressorts respectifs. D'ailleurs il est certain que cette œuvre d'unification et de nationalisation du Notariat n'est pas encore complètement achevée de nos jours, puisque cette institution a des règlements d'administration intérieure variables suivant les régions, et comporte toujours la classification tripartite qui parque les notaires arbitrairement dans telle ou telle limite d'action d'après le siège de leur étude.

II. Une fois la fonction des Notaires bien

assise et définitivement consacrée, le besoin se fit sentir de l'organiser et surtout — devant la clémence persistante des tribunaux à l'égard de cet officier public, — de peser la responsabilité qu'il devait encourir dans l'exercice de son Ministère.

En cet état survint la loi du 6 octobre 1791, qui ne *posait* pas mais *supposait* le principe de la Responsabilité Notariale, puisqu'elle l'admettait implicitement en contraignant les Notaires dans ses articles 16 et 17 à déposer, à titre de garantie des faits de leur gestion, un fonds en deniers désigné sous le nom de cautionnement.

Cette idée de cautionnement, constituant une garantie éventuelle et conférant aux créanciers un droit de rétention et de privilège sur la valeur déposée, n'était pas nouvelle dans notre législation. Henri III avait créé des offices héréditaires de receveurs de

dépôts et consignations astreints au cautionnement.

Il faut remarquer qu'à l'époque où elle parut, la loi du 6 octobre 1791 consacrait une innovation importante en détournant, pour la première fois, le cautionnement de sa destination traditionnelle : la garantie du Trésor public, pour l'affecter à la protection des particuliers contre les malversations possibles d'un officier Ministériel.

III. — D'ailleurs cette innovation de la loi de 1791 constitue, à peu près son seul intérêt, car cette loi, bien imparfaite, ne reçut qu'une exécution incomplète et dut bientôt s'effacer devant une loi mieux conçue, plus large et plus méthodique, qui posait au moins dans ses grandes lignes une organisation si complète du Notariat que plus d'un siècle de contraverses et d'ardentes critiques n'a pu encore l'ébranler.

« Peu de lois, disait Réal, furent plus long-

« temps soumises à la méditation; il y en a
« peu dont les dispositions aient été exami-
« nées par un plus grand nombre de légis-
« lateurs, discutée plus solennellement et
« adoptée avec moins d'oppositions. »

C'est là sans doute le secret de sa solide vitalité.

Cette réorganisation du Notariat, remarquons-le en passant, n'était pas le fruit d'une inspiration isolée du législateur, mais se rattachait au contraire, dans l'esprit de ceux qui la conçurent, au plan général du grand édifice de nos lois dont on avait déjà jeté les premières bases : elle apparaissait en un mot comme l'annexe, le complément nécessaire du code civil National qu'il s'agissait de fonder. Il était logique « qu'elle parut, nous dit le tribun Joubert, à une époque où s'élève le Code civil, puisque l'institution du Notariat se mêle à tous les actes de la Société. »

Malheureusement, au point de vue du

problème de la responsabilité notariale, cette loi de ventôse est indigne des éloges que lui décerne Réal, car elle néglige presque complètement cette importante question, et le peu qu'elle en dit est si ambigu qu'on en vient presque à regretter un silence absolu, qui aurait laissé sur cette matière les principes du droit commun s'appliquer librement.

En effet, après avoir confirmé l'existence de la Responsabilité Notariale en assujettissant les Notaires à un cautionnement, elle tente de se commenter elle-même en indiquant dans l'article 68 plusieurs hypothèses où un recours pourra être exercé. D'autre part, les articles 1397 et 1507, C.C. et 68 et 176, C de C., témoignent eux aussi de cette responsabilité ; mais l'impression qui se dégage de tous ces textes est si confuse qu'on a beaucoup de peine à y trouver quelque élément de solution.

Section I

CHAPITRE PREMIER

De la responsabilité à un point de vue général.

Considérés à un point de vue général, la responsabilité nous apparaît comme étant l'obligation qui incombe à tous citoyens de réparer le préjudice occasionné par un fait dont il est l'auteur direct ou indirect.

Au sein de la société organisée où nous vivons cette responsabilité couvre contre nos méfaits tantôt les intérêts de la Société même dont nous faisons partie, tantôt ceux des individus.

Cette observation nous amène à distinguer deux sortes de responsabilités : l'une pénale et en quelque sorte collective, l'autre civile et singulière.

I. — La responsabilité pénale tend à l'expiation d'un acte illicite et antisocial par l'application

d'une pénalité et procure ainsi à la Société offensée la réparation qui lui est due. Le Notaire peut en être atteint dans maintes circonstances de sa vie d'affaires et ne saurait toujours se mettre en garde contre ses effets par sa seule loyauté. De simples imprudences la lui font parfois encourir.

Il peut, par exemple, se rendre passible d'une amende dès le début de son exercice pour être entré en fonctions avant la prestation de serment.

Le Code pénal dans les articles 254 et 255, s'intéressant à la garde des Minutes ou autres pièces, déposées chez les Notaires, leur inflige s'ils les laissent voler ou détruire une amende de 100 à 300 francs et un emprisonnement de 3 mois à un an.

Quant aux amendes diverses que le fisc peut infliger dans une foule de circonstances au notaire nous n'hésitons pas à les considérer comme une manifestation directe de la responsabilité pénale encourue par ce dernier.

Enfin, les poursuites et les rigueurs disciplinaires dirigées contre un notaire en défaut, par ce tribunal corporatif, qu'est la chambre, ne sont-elles pas le plus souvent des mesures préventives de l'action publique.

II. — La responsabilité civile qui fera seule l'objet de cette étude tend à la réparation pécuniaire d'un dommage causé à autrui soit par délit

soit par suite d'une faute dans l'exécution d'un contrat.

Envisagée ainsi d'une façon sommaire, on ne voit pas en quoi cette question de la responsabilité civile est susceptible de provoquer des difficultés particulières lorsqu'elle s'applique aux notaires : Il semble qu'on peut, suivant les cas, la fonder sur l'idée de délit ou sur celle de faute, et aidé de ce critérium en déterminer aisément l'étendue et les effets.

Cependant, la mêlée des opinions émises sur ce problème de la responsabilité notariale ne peut nous laisser aucun doute sur les difficultés qu'il présente et l'importance que les juristes lui ont attribuée de tout temps.

Aujourd'hui surtout, l'intérêt pratique qu'il comporte s'impose plus que jamais à l'attention et se révèle d'une façon tangible dans le domaine des affaires. En effet, depuis plusieurs années, à mesure qu'une recrudescence de sévérité se dessine dans la jurisprudence à l'égard des Notaires, on constate chez ces derniers — à Paris surtout — une circonspection inquiète qui va parfois jusqu'à la pusillanimité et les gêne dans l'exercice de leurs fonctions. Convaincus, à bon droit, de l'inanité des clauses dites préventives insérées par eux au cours de leurs actes, ils n'assument plus la conduite d'affaires régulières mais complexes qu'après s'être mis à l'abri

de tout recours ultérieur par des décharges préalables et refusent systématiquement leurs concours dès qu'ils entrevoient l'éventualité d'une mise en cause personnelle qui, presque toujours, aboutit à leur condamnation.

Après s'être pendant des siècles considérés comme les factotum de leurs clients en affaires, ils se renferment dans un excès de neutralité, laissant le champ libre à l'activité onéreuse des agents d'affaires et le temps ne paraît pas très éloigné à Paris où le public n'aura plus recours à eux que dans les cas assez rares où leur ministère est légalement imposé.

Le meilleur moyen de rendre au Notariat scrupuleux la paix et l'aisance nécessaires à son exercice normal, et seuls compatibles avec sa véritable destination, serait de faire succéder à la période actuelle de sévérité excessive et systématique une ère de simple impartialité et même, nous n'hésitons pas à le dire, de clémence raisonnée.

Les devoirs qui sont imposés aux Notaires sont très lourds et les suites en seront funestes pour eux si on n'apporte un juste tempérament dans l'application des lois et règlements qui les concernent. On doit d'autant plus être animé de cet esprit que la responsabilité est une espèce de peine qui par sa nature appelle plutôt un adoucissement qu'une aggravation. *Odiosa sunt restringenda.*

CHAPITRE II

Action en responsabilité. Conditions de son exercice.

I. — Il faut qu'un préjudice ait été subi.

L'action en responsabilité suppose d'abord qu'un préjudice a été subi par la personne qui l'intente. C'est un adage courant en droit que là où il n'y a pas d'intérêt il n'y a pas d'action. Ainsi, un Notaire après avoir accepté le Mandat de faire inscrire une hypothèque pour le compte d'un client néglige d'exécuter cette formalité. Le client ne pourra de ce chef exercer aucun recours contre lui si l'événement démontre que l'hypothèque, quand bien même elle aurait été inscrite, aurait été dépourvu de toute efficacité comme ne venant pas en ordre utile.

Toutefois, si l'on reconnaît unanimement la nécessité d'un préjudice pour l'admissibilité de l'action, on hésite sur le point de savoir s'il faut que ce préjudice soit actuel, c'est-à-dire présentement ressenti ou simplement éventuel, c'est-à-dire de nature à faire concevoir pour l'avenir de légitimes inquiétudes. Le simple aléa d'un dommage ne nous semble pas, quant à nous, pouvoir servir de fondement à une action : le législateur permet souvent d'assurer l'avenir, et calme de justes pressentiments par des mesures d'ordre conservatoire, mais jamais par des moyens d'exécution. Supposons par exemple qu'un Notaire fasse une réquisition d'hypothèque illusoire par l'omission d'une mention essentielle sur le bordereau d'inscription et ne répare cette erreur que plusieurs années plus tard alors que le gage est considérablement réduit par l'inscription d'autres hypothèques prises *ex intervallo*. Quoique sa créance soit bien compromise le créancier ne pourra jusqu'à ce qu'elle soit échue et impayée recourir contre le Notaire, parceque ce recours se trouve subordonné à l'aléa de la réalisation du préjudice redouté.

D'ailleurs, il faut le reconnaître, il sera parfois bien difficile dans la pratique d'apprécier si le préjudice a été ou non ressenti. Ainsi en nous

reportant à l'hypothèse que nous venons de poser, supposons que le créancier pressé de rentrer dans ses fonds veuille avant l'échéance de la dette en céder le capital à un tiers acquéreur. Il est bien certain que le prix de cette créance va se trouver réduit en raison directe du danger de non remboursement dont elle est affectée; et que le cessionnaire exigera peut-être le cautionnement du vendeur sous forme de garantie de la solvabilité future du débiteur cédé. Le client ainsi déçu n'a-t-il pas le droit de prétendre que d'ores et déjà il ressent les conséquences de la faute du Notaire et, ne pourra-t-il actionner ce dernier dès maintenant. Nous ne le croyons pas. Les termes de l'article 1151 sont formels : « On ne doit que les dommages-intérêts qui sont la suite naturelle et directe de la faute commise. » Or la conséquence normale de l'omission prévue dans notre hypothèse est la perte probable de la créance, rien de plus et il n'est pas permis d'étendre la portée de l'article 1151 qui doit s'interpréter dans un sens strict et rigoureux. (1).

II. — Il faut qu'une faute ait été commise.

Pour qu'une action en dommages-intérêts puisse être élevée contre le Notaire il est nécessaire que

(1) Cependant bien des décisions judiciaires sont en opposition directe avec cette théorie. V. Alger, 10 mai 1870 et Cassation, 26 mars 1872.

celui-ci se soit rendu coupable d'une faute c'est-à-dire ait failli à une obligation conventionnelle ou à un devoir légal.

La doctrine distingue deux espèces de fautes : la faute *contractuelle* et la faute *délictuelle*. La nature et l'importance du fait repréhensible qualifié faute est susceptible de modalités différentes suivant qu'il se rattache à l'une ou à l'autre de ces deux catégories.

1° — Pour la faute *contractuelle* il suffit de s'en référer à ce que dit l'article 1137 du Code civil ainsi conçu : « l'obligation de veiller à la conservation de la chose soit que l'obligation n'ait pour objet l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. C'est la *culpa levis in abstracto* des Romains.

Mais comment entendre cette *culpa levis in abstracto*, lorsqu'on vise non pas l'homme en général mais un officier Ministériel, c'est-à-dire un personnage que son caractère particulier exclut en quelque sorte du droit commun. Nous adhérons sur ce point à la doctrine de M. Stevenart (1). « Ces textes, dit-il, sont inapplicables aux Notaires puisqu'ils visent les faits quelconques de l'homme

(1) Principe de la Responsabilité des Notaires, Bruxelles, 1890

c'est-à-dire de l'être en général de l'individu quel qu'il soit, et ne peuvent s'étendre à des situations particularisées ni à des personnes spécifiées et partant pour eux la *culpa levis in abstracto* devait s'entendre de la faute que ne commettrait pas le Notaire de valeur ordinaire. » Le législateur, en effet, dans le droit commun prend comme type déposé, comme étalon de l'habileté requise, l'homme quelconque d'intelligence moyenne. Mais peut-on raisonnablement croire qu'il ne fait pas sur ce point une situation spéciale au Notaire. Comment admettre qu'il aligne au même rang que la foule des profanes du droit, un individu qu'il entend marquer lui-même d'un sceau particulier de compétence et de capacité en affaires en lui imposant l'investiture gouvernementale, l'obligation au stage de 6 ans, et la délivrance d'un certificat de capacité avant son entrée en exercice. Enfin en conviant d'office le Notaire aux contrats les plus décisifs, comme le contrat de mariage par exemple, ne pose-t-il pas lui-même une présomption officielle de la supériorité de cet officier sur les particuliers mêmes auxquels il inflige son intervention.

2^o — Quant à la faute *délictuelle* dite couramment faute aquilienne, elle est régie par d'autres principes. Quand il s'agit d'un dommage causé

par un délit ou un quasi-délit la faute la plus légère suffit pour engendrer la responsabilité de son auteur.

La différence entre les deux espèces de fautes se manifeste en outre dans l'importance des dommages-intérêts qui doivent les séparer :

L'auteur du délit doit réparer intégralement tout le préjudice qu'il a causé qu'il ait pu ou non le prévoir.

Le débiteur qui manque à l'exécution de son obligation doit seulement réparer le préjudice qu'on pouvait prévoir lors du contrat à moins qu'il n'y ait dol de sa part, art. 1150 C. C.

On peut dire, d'une façon générale, que les auteurs qui se sont occupés de la Responsabilité notariale se divisent en deux camps bien distincts, selon qu'ils considèrent comme principe constant de cette responsabilité soit l'infraction délictuelle soit l'infraction contractuelle.

Il n'y a guère qu'un point qui les rallie tous : c'est que le Notaire est responsable de son dol ou de toute faute grossière équivalente, car la tradition impose, paraît-il, depuis les Romains cette fusion arbitraire de deux faits également reprehensibles mais en tout cas parfaitement hétérogènes.

Dolum in se culpam latam recipit.

Les jurisconsultes qui se retranchent derrière

l'idée de faute contractuelle graduent la responsabilité du Notaire en se basant sur la distinction du Mandat d'avec la gestion d'affaires, et du Mandat salarié avec le Mandat gratuit.

Ceux au contraire qui ne veulent imputer au Notaire que son dol et sa faute lourde proscrivent toutes ces nuances. Ils revendiquent d'ailleurs pour leur système l'autorité d'une origine antique qu'ils prétendent trouver dans l'institution romaine des *Tabelliones*. Et en effet, on rencontre bien dans la loi 29 du Code, livre VI, titre 23, un texte qui semble autoriser cette prétention : *Scituris et tabellionibus et his qui conficienda testamenta procurant quod si aliter facere ausi fuerint pœnam falsitatis non evitabunt, quasi doloso in tam necessaria causa versati*. Mais ce texte vise plutôt la responsabilité pénale que la responsabilité civile, et d'autre part les *Tabelliones* dont il parle ne sauraient être considérés comme les ancêtres du Notaire moderne attendu que leur office se bornait à celui d'écrivain public (1). Quoique revêtus d'un certain caractère officiel ils n'étaient en dernière analyse que des scribes consignait sur des tablettes les conventions dictées par les parties. Mais leurs actes ne bénéficiaient que d'une force probante relative jusqu'au jour de leur

(1) Rogier : Etude sur les Tabellions

transcription *apud acta* c'est-à-dire sur les registres conservés aux archives des différentes justices (1) et ils peuvent être assez bien comparés aux sous-seings privés rédigés de nos jours par des agents d'affaires et qui n'acquièrent la force probante *erga omnes* que du jour de leur dépôt en l'étude d'un Notaire avec reconnaissance d'écriture.

Il nous sera donné au cours de cette étude de revenir sur l'examen comparatif de ces deux théories et d'apprécier ce qui, à notre avis, doit être retenu de l'idée de délit et de celle de contrat pour apprécier la responsabilité du Notaire.

III. — Qui peut intenter l'action ?

1) — Il est de toute évidence que l'action en responsabilité compète à la victime même du préjudice causé ainsi qu'à ses ayants-cause universels (art. 1122). C'est l'application pure et simple du droit commun.

2) — Dans certaines hypothèses le trésor peut aussi souffrir des irrégularités, ou négligences imputables aux Notaires. En effet, la loi du 28 floréal an VII dans ses articles 6 et 7 a voulu

(1) Bauby : Traité de la Responsabilité des Notaires, par X. X. L'institution de la *querela non numeratæ pecuniæ* qu'on pouvait élever contre le contenu des *chirographa* et des *syngraphæ*, prouve que ces actes n'avaient pas la force probante conférée de nos jours aux actes notariés.

placer entre l'Etat et ses créanciers des fonctionnaires chargés de délivrer *sous leur responsabilité personnelle* des certificats constatant le droit de propriété des intéressés sur les rentes inscrites au Grand Livre et par suite nécessaires pour les mutations ou le transfert de ces valeurs.

L'article 7 précité dispose que ces certificats opèrent la décharge du trésor.

Il importe de remarquer une première fois ici la situation ambiguë faite par le Législateur au Notaire : nous le voyons l'utiliser comme fonctionnaire, comme agent en quelque sorte de l'administration financière chargé du service de l'examen des titres des crédi-rentiers du Trésor et néanmoins il proclame ce dernier inattaquable à raison des erreurs commises dans ce service par le Notaire.

3) — La loi de Ventôse, an XI, après avoir établi les différents devoirs du Notaire, nous dit : « Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues dans les articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 62, 64, 65, 66 et 67 est nul s'il n'est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes. Il ne vaudra que comme écrit sous signatures privées, sauf dommages-intérêts contre le Notaire contrevenant.

Enfin, il est des hypothèses comme en matière de constitution de Société ou d'addition d'une contre-lettre à un contrat de mariage où le Notaire

peut voir sa responsabilité invoquée, non seulement par les contractants, mais encore directement par les *tiers* étrangers au contrat.

Il convient de remarquer ici (et cette idée sera développée plus longuement au cours de cette étude) que cette situation spéciale du Notaire, vis-à-vis des tiers capables de le mettre directement en cause à raison de contrats constituant pour eux des *res inter alios acta* peut servir d'objection considérable contre l'opinion des auteurs qui rattachent tous les devoirs du Notaire envers les particuliers à l'idée de mandat.

En effet, quel contrat de mandat peut-on apercevoir entre le tiers lésé et le notaire que ce tiers incrimine ? Supposons, par exemple, un testament nul pour vice de forme. A quel titre les légataires déçus vont-ils actionner le notaire fautif ? Il ne peuvent invoquer la faute contractuelle, puisqu'à aucun moment n'a pu se poser sur leur tête la qualité de mandant vis-à-vis de ce dernier. En effet, même institués à titre universel hors la présence d'héritiers réservataires, ils ne peuvent invoquer la survivance fictive des droits et actions du défunt dans la personne de ses ayants-droit universels. Ils ne peuvent s'armer du recours que ce dernier aurait pu exercer de son vivant contre le notaire en défaut, puisque leur exclusion

de la succession les rend parfaitement étrangers aux droits et actions qu'elle comporte.

Enfin, la responsabilité directe et immédiate du Notaire vis-à-vis des tiers, éclate dans un cas bien caractéristique : en matière de publicité des contrats de mariage des commerçants. Un extrait de ces contrats de mariage doit être apposé aux endroits prévus par la loi pour dicter en quelque sorte aux tiers la mesure de crédit qu'ils peuvent accorder à l'époux à raison du régime adopté. Si l'extrait publié se trouve, par suite de l'omission d'une clause essentielle ou par une erreur toute matérielle, induire le public en erreur, les tiers abusés pourront agir *de plano* contre le Notaire, sans que ce dernier ait la faculté de se retrancher derrière l'excuse de l'erreur.

CHAPITRE III

Principe de la Responsabilité civile des Notaires.

On comprend aisément que cette responsabilité ait pu être diversement appréciée quant à son étendue, puisque son principe même fait l'objet des plus vives discussions.

En effet, on peut classer en trois groupes les conceptions émises sur ce point.

I. — Système traditionnel.

Le premier système que nous appellerons traditionnel s'érige sur une phrase incidente de l'article 68 de la loi de Ventôse : « Sauf dans les deux cas s'il y a lieu des dommages-intérêts contre les Notaires. » C'est là, semble-t-il, une bien faible base pour une argumentation juridique. Cependant les partisans de ce système s'en contentent ; à leurs yeux le Législateur manifeste formellement par

ces quelques mots qu'il se réfère à l'état de la jurisprudence antérieure sur la responsabilité des Notaires.

Or, nous savons qu'en cette matière les anciens tribunaux faisaient preuve d'une indulgence exagérée et ne retenaient que les méfaits considérés comme dol ou faute lourde.

Malgré les raisons ingénieuses qu'on a fournies (notamment M. Paul Pont) à l'appui de cette manière de voir, malgré les arrêts qui l'ont consacrée ça et là, elle semble historiquement inadmissible. La loi organique du Notariat, ainsi que nous l'avons rappelé plus haut, n'était pas dans les prévisions de ses auteurs une innovation isolée, un document législatif indépendant, mais au contraire s'annexait en quelque sorte à la refonte générale de notre droit dont elle formait pour ainsi dire le couronnement et la sanction.

C'est donc méconnaître les intentions du législateur de l'an XI que de prétendre qu'au point de vue de la Responsabilité notariale il a entendu se départir de ses vues d'ensemble, pour revenir à un état de chose primitif qu'il voulait au contraire abolir.

II. — Système analytique.

Le second système que nous appellerons analytique découvre dans les rapports civils du Notaire

vis-à-vis de son client tous les éléments d'un contrat.

Cette théorie nous paraît aussi artificielle que celle conçue en matière de responsabilité pénale par J.-J. Rousseau, aux yeux de qui le droit de punir les délits et les crimes s'expliquait par un hypothétique contrat d'association jadis conclu entre les hommes dans une vue d'intérêt et de sécurité personnels.

I. *Mandat*. — Sans doute, il est des hypothèses où les Notaires pourront recevoir mandat de leurs clients à l'effet de remplir telle ou telle formalité complémentaire dont l'exécution ne rentre pas dans le cadre de leurs devoirs professionnels. Mais comment admettre que le Notaire reçoive mandat à raison de l'acte lui-même qu'il rédige? L'article 8 de la loi de Ventôse ne permet pas à un Notaire d'assumer un Mandat au cours d'un acte qu'il reçoit : cet officier public doit, en effet, avoir un caractère d'indépendance et de neutralité qui lui interdit de représenter une des parties stipulant au cours d'un contrat ; car il deviendrait ainsi personnellement partie intéressée dans ce contrat par la responsabilité qu'il y prendrait comme Mandataire.

Quant aux Mandats donnés au Notaire par pouvoir distinct, ils sont tellement rares qu'on ne saurait ici les prendre en considération.

II. *Mandat salarié*. — C'est à tort qu'on a cru sauver ce système du Mandat générateur de responsabilité pour le Notaire en disant qu'il s'agit ici d'un Mandat salarié, rétribué largement par les honoraires. Or, outre qu'il est quelque peu déshonorant pour le Ministère du Notaire de prétendre en reconnaître les services par un salaire, il ne faut pas oublier qu'entre le salaire et les honoraires existe une nuance très appréciable, signalée par les Romains eux-mêmes. En effet, Ulpien dans la loi I du Digeste : « *de extraordinariis cognitionibus* » énumère les différents services qui ne peuvent se payer à l'aide d'un *merces*, d'une solde, mais sont au contraire rémunérés au moyen d'indemnité : *numeribus, honorariis*. Il cite notamment les rhéteurs, les grammairiens, les secrétaires, les maîtres d'école, les médecins, les sages-femmes... et les Notaires. A vrai dire, les Notaires dont il parle n'offrent guère qu'une parenté patronymique avec ceux actuels. Ils n'étaient, en effet, que de simples sténographes qui recueillaient au moyen de signes abrégatifs (Notæ), les paroles prononcées par autrui, et cette fonction était généralement remplie par des affranchis. Mais Ulpien embrasse dans son énumération les avocats, et cette loi nous montre qu'à Rome on appréciait déjà très nettement la nuance existant entre le salaire et les honoraires,

et cette nuance provenait non pas de la distinction des professions libérales, c'est-à-dire exercées par des hommes libres, et des métiers illibéraux c'est-à-dire pratiqués par des esclaves ou des affranchis, mais était imposée au contraire par la difficulté d'apprécier les services rendus par certaines professions.

Outre que cette théorie du Mandat appliquée au Notaire concorde rarement avec les faits, elle nous semble pécher par un vice radical : à la différence du droit Romain, notre Code civil admet dans toute leur plénitude les effets de la représentation absolue du Mandant par le Mandataire et justifie sans réserve l'adage : *Qui Mandat ipse fecisse videtur*. Or, peut-on admettre que c'est le Mandant, simple particulier, qui, à travers la personnalité du Notaire, donne aux actes le caractère authentique et aux grosses la forme exécutoire ? *Nemo plus juris dare potest quam ipse habet*.

D'autre part, le Mandat suppose l'absence du Mandant, sa non-participation à l'acte : or, le client n'est pas absent aux contrats dont il confie la rédaction aux Notaires, puisqu'il les signe avec lui.

A la vérité, le Notaire est bien investi d'un Mandat, mais d'une toute autre espèce que celui qu'on lui attribue. C'est un Mandat légal qu'il a

assumé. Et nous n'entendons pas par là, comme on le fait souvent, une commission tacite supposée émanée du client, mais bien que le Notaire est, à proprement parler, le représentant de la Société toute entière au nom de laquelle il peut conférer l'authenticité.

III. *Louage de services*. — L'idée de la responsabilité contractuelle a encore été proclamée d'une autre façon : certains jurisconsultes découvrent dans toutes les relations du Notaire avec ses clients un louage de services (Emond, *Responsabilité des Notaires*, thèse, Paris 1892). On a critiqué à tort ce système en disant qu'en règle générale, les services manuels seuls peuvent faire l'objet d'un contrat de louage tel que celui prévu par le Code civil au titre *Louage d'ouvrage ou d'industrie*, art. 1779. Les efforts de l'intelligence humaine sont incontestablement susceptibles de vénalité. Si, en effet, les ressources de l'esprit ne peuvent faire l'objet d'un emploi rémunéré tout aussi bien que l'énergie musculaire ou la dextérité manuelle, qu'elle est donc, pour prendre un exemple entre mille, la nature du contrat qui intervient entre le clerk de Notaire qui met ses connaissances et son activité intellectuelle au service d'une étude et le patron qui lui alloue des appointements?

Enfin, même en prenant dans leur sens le plus terre à terre les mots *louage* et *industrie* de l'art. 1779, ne faut-il pas convenir que si modestes et si mécaniques que puissent être les services loués, ils comportent toujours quelque participation de l'intelligence ?

Mais tout en repoussant cette critique mal fondée nous ne saurions admettre l'application d'une idée de louage d'ouvrage aux rapports d'un Notaire avec ses clients. Si l'on considère en effet que la liberté est l'âme même des conventions, peut-on nommer contrat une prétendue *locatio operarum* dont deux éléments capitaux : le *prix* et *l'objet* n'ont pas été déterminés par le plein gré des parties ?

Pour nous référer à un exemple cité plus haut, il se peut que l'époux commerçant voie avec regret la publicité infligée à son contrat de mariage, parce qu'il avait de bonnes raisons pour laisser inconnu des tiers son régime matrimonial. Cependant il sera obligé de subir cette publicité sans pouvoir opposer qu'il n'avait loué les services du Notaire que jusque et non compris cette formalité.

Quant au prix, il échappe également à toute discussion : les deux parties se trouvent également liées pour cet autre point capital du prétendu

contrat, puisqu'elles doivent se soumettre à l'évaluation du tarif. Sans doute, le client s'il trouve exagérés les honoraires qu'on lui réclame, peut les soumettre à l'appréciation du président du tribunal par la voie de la taxe. Mais la taxation n'est pas une composition imposée sur un prix, mais un simple rappel du Notaire trop cupide aux termes du tarif.

A la vérité, on pourrait objecter qu'à côté des contrats absolument libres, il en est beaucoup dont les termes sont préfixés par une autorité indépendante des parties (tel, pour prendre un exemple pratique le contrat de transport par chemin de fer) et que le contrat intervenu entre le Notaire et son client est de cette dernière nature, c'est-à-dire se *réalisant par voie d'adhésion*. La loi de la convention ne serait pas le fruit de l'inspiration spontanée des parties, mais se trouverait au contraire pré-établie par les règlements.

Quoiqu'il en soit, nous nions absolument l'existence latente d'un louage de services, pour cette bonne raison que, dans la plupart des cas, ce contrat se trouverait infecté dans sa cause par un vice d'*illicéité*.

Nous nous expliquons. Quel serait, en effet, l'objet de l'engagement pris dans le contrat par le Notaire ? De remplir fidèlement sa fonction, d'exé-

cuter scrupuleusement sa Mission, telle qu'elle est définie par le législateur. Et, en effet, on a dit : (Recueil de l'académie de Législation de Toulouse, année 1894-95, p. 222) « le Notaire, en recevant la « Mission qui lui est confiée par le client, s'est « engagé à *se conformer à la loi dans toutes ses* « *prescriptions*, comme l'agent d'affaires qu'on a « chargé de prendre hypothèque; les irrégularités « qu'il commet sont des fautes contractuelles, « puisqu'il manque à un engagement qu'il a pris. » Un tel raisonnement est inadmissible, car il heurte les dispositions des articles 1131 et 1133 C. C. sur la cause illicite. Le caractère illicite de la cause est ici manifeste, si l'on considère que le Notaire, au dire de cet auteur, stipule tacitement une somme d'argent (les honoraires) pour l'accomplissement d'obligations dont il est tenu de par la loi elle-même.

IV. *Louage de Service collectif*. — M. Emond, tout en laissant le débat sur le terrain de la Responsabilité contractuelle, l'a singulièrement élargi en y apportant l'originalité d'une conception nouvelle et en quelque sorte synthétique.

D'après lui, ce n'est pas le contrat intervenu entre le Notaire et tel ou tel particulier, qu'il faut prendre en considération, mais bien la convention

que ce notaire a, en quelque sorte, souscrite au profit du public lors de son entrée en exercice. En postulant la fonction notariale, il s'est proposé à la Société comme gardien des transactions, il a promis d'entourer la rédaction des actes de tous les soins requis. A notre avis, cette modification ingénieuse de la théorie du louage de services par le Notaire recule la difficulté, mais ne la tranche pas. Car cette pollicitation collective adressée au public par le Notaire dans sa prestation de serment devra en fin de compte aboutir pratiquement à un louage dans chaque espèce concrète. L'observation de la loi ne fait plus l'objet d'un marché distinct, lors de chaque rédaction d'acte notarié; elle est proposée en bloc par le candidat-notaire lors de son établissement; mais en fait, elle arrive toujours à être rémunérée par les honoraires et l'objection d'illicéité que nous élevions tout à l'heure reste entière.

Il faut donc rejeter les subtiles combinaisons de M. Emond et dire que, sans doute, le Notaire conclue bien un contrat avec la Société, mais à la condition d'entendre ici par Société le *corps social constitué*, dont il devient le fonctionnaire et non une collectivité d'individus.

III. — Système du droit commun.

Le dernier système que nous appellerons système du droit commun fait de l'idée de délit la clef de la question et explique la responsabilité notariale par l'application pure et simple de l'article 1382.

Cette doctrine nous semble juste à la condition de la mettre en son jour véritable par la prise en considération de l'idée de fonction publique inhérente au caractère du notaire (A') et surtout en rejetant du débat la fameuse phrase : « s'il y a lieu » des dommages-intérêts contre le Notaire contre-« vocant » de l'article 68 où l'on ne saurait voir une référence à l'ancienne jurisprudence (A).

(A) Nous avons démontré plus haut que cet article 68 n'avait pas la portée qu'on lui attribue ; mais encore faut-il néanmoins tâcher d'en pénétrer le sens. Il annonce simplement qu'un recours pourra être exercé *s'il y a lieu*, c'est-à-dire s'il y a eu dommage subi, et non comme on l'a prétendu souvent que les tribunaux, quand il s'agit d'un méfait d'un Notaire, ont un pouvoir extraordinaire d'appréciation suivant les circonstances de la cause. Ainsi interprétée, cette phrase, paraît au moins superflue, naïve pense même M. Bauby, et semble un rappel superflu des principes. Cepen-

dant, elle a un effet restrictif appréciable : le législateur a voulu bien préciser que le Notaire ne devrait pas être mis en cause par cela seul qu'il aurait enfreint la loi de ventôse, mais à la condition seulement que cette infraction ait été préjudiciable aux parties.

Il a eu l'heureuse intention de réfréner la tendance processive des plaignants non lésés et de ménager l'honneur notarial qui ne saurait, sans déchoir, être journellement discuté en justice, avec ou sans raison.

Non seulement, nous ne voyons pas dans l'article 68 la collation au juge d'un pouvoir particulier d'appréciation à l'égard des faits du Notaire, mais encore, à l'encontre de l'opinion commune, nous refusons d'y voir la source de la responsabilité du Notaire. Cette contradiction ne laisserait pas que d'être un peu présomptueuse, si nos adversaires eux-mêmes n'étaient forcés de convenir que pour une règle fondamentale, l'article 68 manque bien de précision et surtout qu'il a une allure singulière, puisqu'il paraît se spécialiser par l'énumération. D'où de longs débats sur le point de savoir si cette énumération est ou non limitative.

Donc, à notre avis, ce n'est pas de l'article 68, que découle la responsabilité notariale : le point

d'origine s'en trouve ailleurs, dans l'article 33 de la loi de Ventôse, imposant le cautionnement au Notaire. De là, cette idée pénètre, pour ainsi dire, d'une façon latente toute la loi de Ventôse, et l'article 68 il ne faut pas s'y tromper, n'est qu'une manifestation accidentelle de son existence, une énumération *ad exemplum* de quelques cas d'application de ce principe.

Toutefois, l'article 33, pris à la lettre, nous conduirait à de singulières conséquences : en effet, il institue le cautionnement pour garantir le public contre les *faits* de la fonction du Notaire. Or, certains faits, très réguliers du Notaire, peuvent être très dommageables pour les parties (comme la publicité du contrat de mariage d'un commerçant), c'est donc *les méfaits* que notre article a entendu viser.

Aussi, convient-il bien de faire cesser, à ce sujet toute équivoque. En effet, on a prétendu alléger le Notaire du fardeau de la responsabilité, en disant qu'on ne peut trouver à la faute qu'il a commise à l'occasion d'un acte de son ministère, le caractère *d'imputabilité* nécessaire pour la lui reprocher. Une faute n'est pas imputable à son auteur, si ce dernier ne l'a pas commise en toute liberté. Or, le Notaire n'était pas libre de refuser

ses services au client qui le requérait de les lui fournir.

C'est, à notre avis, confondre deux idées voisines, mais bien distinctes : *la spontanéité et la liberté*. Sans doute, ce n'est pas spontanément que le Notaire s'est trouvé être en mesure de commettre l'infraction qu'on lui reproche, mais c'est, en somme, dans l'exercice libre de ses facultés, qu'il l'a commise. Ce à quoi, il a été contraint, c'est à l'exercice régulier et irréprochable de sa fonction, et les erreurs ou irrégularités, dont il s'est rendu coupable sont bien le fruit de sa libre volonté.

(A') Nous avons dit ci-dessus que pour bien apprécier la responsabilité du Notaire il fallait ne pas perdre de vue qu'il est un fonctionnaire, un mandataire de l'État. Ce caractère qui lui est très contesté, lui appartient bien cependant, comme nous essaierons de le démontrer ci-après au chapitre IV.

En se pénétrant bien de cette idée, que le Notaire a une situation particulière en tant que fonctionnaire, il nous semble qu'on voit la question de sa responsabilité vis-à-vis du public subitement éclairée. On conçoit alors que, comme les maires, les greffiers et une foule d'autres officiers publics, il revêt une double personnalité, celle

d'homme, être concret et celle que lui a annexée le législateur : de fonctionnaire, être de raison. A ses devoirs naturels d'homme s'ajoutent ceux positifs de fonctionnaire, et les infractions commises à ces 2 ordres de devoirs se résolvent en un fait identique : le délit. En dehors des hypothèses communes à tous les hommes où le délit peut être commis, il y en a d'autres qui lui sont strictement personnelles à raison de sa fonction, qui sont en quelque sorte extraordinaires et inaccessibles aux autres citoyens, voilà tout; mais au fond, le principe de sa responsabilité vis-à-vis des tiers reste être purement et simplement le *délit de l'article 1382*.

L'article 1382 nous dit : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il arrive à le réparer. » Cet article 1382 vise sans doute dans leur plus large acception les rapports des hommes entre eux et appartient en quelque sorte au Code universel de l'humanité, mais pouvons-nous l'appliquer *aux rapports particuliers* qui naissent entre deux citoyens à raisons de *qualités distinctives* propres à chacun d'eux; pouvons-nous surtout englober dans son domaine les dommages, qui résultent d'un fait immatériel, *d'un travail de la pensée*, comme celui du Notaire? La réponse la

plus simple qu'on puisse faire à ces questions c'est que le législateur, par ce fait qu'il impose bien nettement aux Notaires, une responsabilité et s'abstient de la faire déroger aux règles ordinaires, a entendu soumettre cet officier public au joug commun de l'article 1382.

En un mot, le Notaire répond délictuellement des faits de sa fonction, en vertu du mandat qui lui est confié par l'Etat et contractuellement seulement des faits relatifs aux mandats positifs et extra-fonctionnels qu'il peut, par accident, accepter de ses clients.

CHAPITRE IV

Avant-propos

« C'est de la Société même de l'Etat que les
« fonctionnaires publics tiennent leurs pouvoirs.
« Tous ils le représentent à un degré quelconque ;
« son intérêt doit être le but constant de leurs
« efforts, la règle suprême de leurs actions. En
« échange des services qu'ils lui rendent, la
« Société leur doit une juste rémunération... D'un
« autre côté elle doit prendre des précautions, éta-
« blir les règles nécessaires pour que le choix de
« ces fonctionnaires au lieu d'être fait aveuglément,
« tombe sur les plus capables et les plus dignes ;
« elle doit enfin, par des garanties sagement calcu-
« lées, veiller à ce qu'ils ne fassent pas un coupable
« usage de l'autorité qui leur est confiée. Ces
« garanties sont de diverses natures : les unes sont

« préventives, les autres répressives ; parmi les
 « premières on peut citer notamment le serment
 « exigé de tous les fonctionnaires lors de leur ins-
 « tallation, le cautionnement imposé à quelques-
 « uns ; la surveillance qui est exercée soit par les
 « supérieurs hiérarchiques, soit au moyen des ins-
 « pections établies par certaines fonctions. » Dal-
 loz. — Répertoire de législation. — Fonctionnaires.

Le Notaire-Fonctionnaire

I. — Justification de cette appellation.

« Il est des mots qui hurlent de se voir accou-
 plés. » Aux yeux de bien des gens ceux que nous
 venons d'écrire en tête de ce paragraphe sont de
 cette espèce. Il faut avouer qu'avec un accord pres-
 que absolu tout le monde refuse au Notaire le
 sceau du fonctionnariat.

M. Jules Rouxel, dans une brochure intitulée :
La Crise Notariale (p. 196), combat avec âpreté
 l'idée du Notaire-fonctionnaire. « Le fonction-
 « naire, dit-il, reçoit directement son emploi du
 « Gouvernement... Or, les Notaires ne tiennent pas
 « leur charge du Gouvernement, mais d'un particu-
 « lier auquel ils l'ont achetée de leurs deniers ; ils

« ont sur elle de par la loi de 1816, une sorte de « droit de propriété aliénable et transmissible. »

Ne sent-on pas ce qu'une telle proposition contient d'inexactitude ? et peut-on dire que le Notaire a sur sa charge un droit de propriété alors que d'autre part on lui refuse toutes les prérogatives qui forment l'apanage de ce droit : faculté de le démembrement en cédant à un tiers l'usufruit, d'en disposer dans le sens absolu du mot en supprimant l'objet, de l'engager dans un nantissement, etc.

Mais, objecte-t-on, si le Notaire est fonctionnaire, pourquoi, à l'instar de ses congénères, ne lui est-il pas alloué une retraite lors de la cessation de sa fonction ? Cette anomalie s'explique, semble-t-il, très naturellement si l'on songe que l'État alloue au Notaire un traitement d'une nature toute spéciale, en lui assignant comme prix de ses services les honoraires à percevoir sur les actes qu'il reçoit.

Toutefois, ce n'est pas à dire que cet aveuglement du public sur le caractère véritable du Notaire ne puisse s'expliquer.

I. — On comprend très bien que les esprits étant habitués à considérer chaque fonction publique comme afférente à un objet qui lui est propre, comme incarnant un *service restreint*

et surtout *exclusif* se laissent un peu dérouter par l'aspect protéiforme et multiple du Notaire : conseil des parties, rédacteur de leurs transactions, certificateur de signature comme le juge, agent du trésor lorsqu'il examine les titres des crédit-rentiers, ou certifie leur existence, commissaire-priseur dans les inventaires ou les adjudications mobilières, huissier en matière de protêt et de notification d'actes respectueux, juge de paix dans les reconnaissances d'enfant naturel, ministère public dans les cas prévus par l'art. 942 C. P. et 113 C. C.

2. — D'autre part (et c'est là à notre avis la raison capitale du refus unanime du caractère de fonctionnaire au Notaire), ce dernier a cette particularité d'être un fonctionnaire indépendant, autonome, est affranchi de toute subordination hiérarchique, il ne relève que de lui-même et de la loi. Il n'est pas l'instrument d'une volonté supérieure. Quoiqu'il porte l'attache gouvernementale, son aspect ne le trahit pas. Il a des clients non des administrés; son étude est un rendez-vous d'affaires et ne rappelle en rien les bureaux d'administration.

3. — Enfin, il faut bien avouer aussi que les Notaires présentent une dualité d'aspect telle que la plupart des fonctionnaires eux-mêmes ne les

reconnaissent pas pour leurs congénères. Magistrats par leur investiture et la nature de leur mission, leur fonction est empreinte de mercantilisme par la perception des honoraires et la concurrence regrettable que crée entre eux la rivalité d'intérêts.

Maintenant que nous avons signalé les raisons d'ordre pratique qui militent dans le public contre la restitution au Notaire de son véritable caractère de fonctionnaire, voyons si cet état des esprits sur la question ne se justifie pas aussi par des raisons d'ordre théorique et doctrinal.

Le législateur a pris soin de nous éclairer sur la qualité sociale qu'il entendait attacher aux Notaires : « Ce sont, dit-il dans la loi de Ventôse, des fonctionnaires publics. »

Forcés de s'incliner devant la lettre de cette définition nombre de jurisconsultes et ont discuté l'esprit. Le mot fonctionnaire public, disent-ils, est ici purement décoratif, c'est une politesse législative sans portée positive, et qui ne doit pas s'entendre rigoureusement. Sans vouloir prétendre que la loi brille toujours par l'exacte propriété des termes, il nous paraît bien peu vraisemblable que celle de Ventôse si réfléchie, si étudiée au dire de Réal, débute justement par un abus de mots capital, et cela dans la définition même de

l'institution qu'elle se propose d'organiser. On ne saurait invoquer ici *l'inelegantia juris*. Outre que dans les travaux préparatoires de la loi de Ventôse on relève plusieurs fois cette qualification de fonctionnaire public, il ne faut pas oublier qu'on avait proposé l'expression officier public qui a été rejetée comme impropre.

Nous allons voir qu'une foule d'indices sanctionnent à coup sûr son caractère de fonctionnaire :

Nommé par le Président de la République qui peut le révoquer, il est astreint à la prestation de serment; il a comme domicile celui du siège de son étude en vertu de l'article 107. « L'acceptation
« de fonctions confiées à vie emportera transla-
« tion immédiate du domicile du fonctionnaire
« dans le lieu où il devra exercer cette fonction. »

Il bénéficie toujours en matière de tutelle de l'excuse légale résultant de l'article 417 du Code civil.

Astreint au dépôt du cautionnement, il est soumis au contrôle constant du Ministère public.

Les règlements de sa profession, quand il y a lieu de les modifier, sont arrêtés par des décrets et non par des lois, comme pour le reste des citoyens.

Il ne peut directement ni indirectement s'in-

téresser à aucune entreprise commerciale ou industrielle ce qui doit constituer un abus législatif, une violation des droits de l'homme aux yeux de ceux qui lui refusent la qualité de fonctionnaire.

Sans doute, ses services ne sont pas gratuits et il reçoit directement sa rémunération du client qui l'emploie ; mais cette rémunération proportionnelle lui tient lieu de traitement et le droit de la percevoir lui est implicitement conféré par le décret de nomination.

Si le notariat n'est pas une fonction publique, comment expliquer la limitation inflexible du nombre des études ? Pourquoi ne pas laisser tout jeune homme justifiant d'une capacité technique suffisante par la production d'un certificat de stage et de diplômes universitaires exercer librement et sans investiture cette profession s'il l'ambitionne ? Pourquoi enfin refuser au Notaire la faculté de discuter librement *le taux de ses honoraires*.

A la vérité il faut convenir cependant que l'imposition de la patente au Notaire semble séparer sa cause de celle du fonctionnaire. En effet, l'article 13 de la loi de 1844 nous dit formellement que les fonctionnaires et employés salariés par l'État ou les administrations départementales ou communales en seront exempts. « Cette exemption se fonde, nous dit le rapport de

« la loi sur ce que le salaire des fonctionnaires
« est la juste rémunération de leur travail et qu'on
« ne pourrait les soumettre à un impôt spécial
« sans augmenter en même temps leur salaire.
« Mieux vaut donc ne pas leur demander l'impôt. »
A l'objection qu'on peut tirer de cette exonération
de la patente au profit du fonctionnaire, nous
répondrons qu'elle s'étend d'ailleurs à beaucoup
d'autres personnes n'appartenant en rien à l'admini-
stration et que s'il est logique qu'elle profite aux
fonctionnaires à traitement fixe, elle pouvait
logiquement aussi être refusée au Notaire dont
le traitement consiste en émoluments variables
et extensibles.

Sans doute la mise en jugement du Notaire peut
avoir lieu de *plano* et sans autorisation adminis-
trative alors que cette formalité est requise quand
il s'agit des autres fonctionnaires ; mais on peut
répondre à cette objection que le contrôle de l'ad-
ministration serait ici superflu et se trouve suppléé
par celui de la chambre de discipline auprès de
qui les plaintes des clients sont d'abord formulées.

Une autre objection traditionnelle au rappro-
chement du Notaire et du fonctionnaire se tire de
la vénalité des études. Il suffit, pour la réfuter
d'analyser avec la jurisprudence le contrat qui
intervient entre le Notaire cédant et son cession-

naire. Ce n'est pas l'office lui-même en effet qui fait l'objet de la vente, mais le droit de présentation du successeur à l'agrément du Président de la République.

D'ailleurs les Tribunaux n'hésitent pas et sanctionnent notre manière de voir sur le véritable caractère du Notaire en considérant l'usurpation de son ministère comme tombant sous le coup de l'article 258 C. P. C. qui punit l'immixtion dans les fonctions publiques (Cass. 7 mai 1888, Paris).

Enfin deux témoignages essentiels en faveur de notre théorie nous sont fournis par la nature même des actes notariés qui jouissent d'un double apanage : l'authenticité et la force exécutoire.

A l'égal de la loi elle-même, le domaine d'autorité de force probatoire de l'acte notarié s'étend à toute la France métropolitaine et coloniale. Il en est de même de sa force exécutoire, et ce dernier trait est bien plus caractéristique encore. En effet, si la définition *ne varietur* du fonctionnaire n'a jamais été posée par la loi, il est certain que le caractère essentiel de ce personnage réside dans la délégation à lui faite d'une fraction de la force publique, l'*imperium* ou la *polestas* chez les Romains. Or, le Notaire jouit au premier chef d'une délégation de cette force publique, puisqu'il peut clôturer ses grosses par cette formule :

Le Président de la République française,

« Mande et ordonne à tous huissiers sur ce
« requis de mettre les présentes à exécution, à tous
« procureurs généraux et à tous procureurs près les
« tribunaux de première instance d'y tenir la main.

« Et à tous commandants et officiers publics d'y
« prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement
« requis.

On a prétendu, il est vrai, en se fondant sur cette maxime de Loyseau : « Les greffiers, notaires
« et sergents n'ont aucun commandement, mais ont
« leur pouvoir limité... à ce dont les parties s'accordent devant eux » que la force exécutoire de l'acte notarié provient de ce que lorsqu'il a été passé les parties ont implicitement convenu de se laisser réciproquement violenter plus tard, si elles n'en respectaient pas les termes. Il y aurait eu une *adhésion anticipée* à l'emploi éventuel des moyens de rigueur pour assurer l'exécution du contrat, absolument comme dans le contrat social de J.-J.-Rousseau, les hommes délèguent à la Société dans laquelle ils entrent les droits de coaction les plus absolus contre eux-mêmes, s'ils viennent plus tard à enfreindre l'une des clauses du pacte d'association.

Cette conception ne peut convenir à la force exécutoire des actes notariés, car personne ne peut

transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même, et les particuliers ne peuvent par la bouche du Notaire dicter des ordres aux huissiers, procureurs, etc. C'est du Notaire personnellement qu'émane cet avertissement, et il le formule au nom du Président de la République en son incontestable qualité de fonctionnaire.

II. — Raison publique de l'existence du Notaire fonctionnaire.

Il nous semble que nous aurions insuffisamment démontré que le Notaire est fonctionnaire de l'État si d'autre part nous ne cherchions à démêler qu'elle est précisément sa raison d'être vis-à-vis de l'État; quelle est son utilité, sa destination au point de vue purement public. Cette utilité est médiate et indirecte, mais elle est réelle, et si ce fonctionnaire n'existait pas, il faudrait le créer.

L'État ne peut vivre que dans un air de paix : les agitations intestines et les conflits particuliers sont funestes à sa prospérité et le menacent dans son existence même. Aussi a-t-il été bien vite reconnu, que dans une foule de conjonctures, il y avait pour la société un intérêt vital à s'immiscer dans les affaires privées des citoyens. C'est ainsi qu'en matière criminelle elle substitue en quelque sorte sa colère à celle de la victime, et prend sur elle le soin de la vengeance qu'elle déguise alors sous le nom de vindicte publique.

Mais s'il est bon que le pouvoir public se réserve le monopole de la repression et mette ainsi fin à des représailles individuelles, il est à la fois plus politique et plus humain de prévenir dans la mesure du possible les conflits privés, en assurant la concorde par le règne de la bonne foi. Or, le ministère du Notaire est un des auxiliaires les plus efficaces que le législateur aie pu trouver dans cette œuvre de pacification sociale. Ce fonctionnaire, en effet, concourt très heureusement au maintien du bon ordre public; il tarit dans leur source une foule de querelles et restreint préventivement l'intervention des tribunaux. C'est un juge de paix avant la lettre. Sa participation aux affaires des particuliers leur imprime un caractère plus profond de régularité et de loyauté. Réal disait de lui : « Il empêche les différends de naître entre les hommes de bonne foi, et enlève aux hommes cupides, avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation. » En passant par ses mains, les conventions revêtent l'ascendant d'une vérité publique et conquièrent la puissance coactive de la loi elle-même; et ces deux avantages assurent leur exécution.

La Grèce antique eut aussi des Scribes chargés de consigner les conventions des particuliers, et de leur donner un caractère d'authenticité dans le

but d'en garantir le respect, et Aristote, dans le chapitre V du livre VII de sa Politique considère déjà l'existence de ces fonctionnaires comme une des conditions de la bonne administration de la Cité (Larousse, article : Notaire).

De plus, le Notaire facilite les affaires et leur permet d'atteindre ce degré d'activité qui entretient la prospérité d'un pays. Il garantit le droit de propriété. La propriété foncière, dans son état actuel de division et de morcellement et avec les mille combinaisons qui l'affectent plus ou moins, nécessite dans un intérêt social des garanties spéciales de sécurité quant aux conventions conclues à son sujet.

Aussi considère-t-on avec raison le Notariat comme le conservateur par excellence du droit de propriété, de la fortune immobilière.

III. — **Traitement du Notaire fonctionnaire.**

La façon dont le droit aux honoraires a été proclamé par le rapport de la loi de 1791, nous autorise à croire que ces honoraires sont considérés par le législateur comme une rétribution directe des services rendus par le Notaire à l'État en sa qualité de fonctionnaire.

« Trop souvent en établissant des fonctions
« publiques on perd de vue l'intérêt des fonction-

« naires, on croit n'avoir plus rien à faire lorsque
« ses devoirs lui ont été tracés, il semble alors que
« tout ait été fait pour le plus grand avantage de
« la Société, mais il faut... attacher les fonction-
« naires par leur propre intérêt à l'accomplisse-
« ment de leurs devoirs et au succès de leur mis-
« sion. On se le dissimulerait vainement, peu
« d'hommes ont la faculté de se livrer aux fonc-
« tions publiques par le seul désir d'être utiles.
« C'est au législateur à s'emparer de cette vérité
« affligeante si l'on veut, mais utile pour lui et à
« s'en servir comme d'un nouveau gage de l'exé-
« cution de ses lois. Qui pourrait se vouer aux
« fonctions du Notaire sans l'espoir d'y trouver
« une honnête existence? »

Comment concevoir en effet l'honoraire autrement que comme un traitement d'une forme particulière? On a prétendu qu'il était le fruit d'une donation rémunératoire émanant du client reconnaissant. Mais la donation est essentiellement facultative et d'autre part même faite à titre rémunératoire est toujours révocable pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfants.

D'autres auteurs tirent le principe des honoraires de cet adage : *Nemini officium suum debet esse damnosum*, mais cette règle autoriserait tout au plus le Notaire à récupérer les avances faites par

lui à l'occasion des faits de son Ministère, et non à se faire payer de son concours aux affaires des particuliers.

Les partisans du système que nous avons qualifié ci-dessus *analytique* faisant présider l'idée de contrat aux rapports du Notaire avec ses clients, trouvent que l'honoraire est le prix de la *locatio operarum*. Nous ne saurions approuver cette opinion qui fait corps avec une théorie dont nous croyons avoir ci-dessus démontré la fausseté.

La vérité est que le Notaire est un fonctionnaire qui n'émarge pas au budget de l'État, pour cette raison qu'à forfait il a reçu comme prix de ses services « le droit aux honoraires ».

IV. — Attributions fonctionnelles du Notaire.

1° Attributions conférées par la loi de Ventôse.

La loi de Ventôse s'est chargée de préciser la destination de cet officier public. « Les Notaires, « dit-elle, sont les fonctionnaires établis pour « recevoir tous les actes et contrats auxquels les « parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité « publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt et en délivrer des grosses et expéditions. »

1° Par une déclaration aussi formelle le législateur prouve bien qu'il entend concéder aux Notaires le Monopole exclusif et inviolable de la **réception** des actes et contrats.

Il convient d'abord de comprendre le sens de ce mot : *réception* d'un contrat. Nous sommes loin ici de l'antique transcription des conventions *apud acta* et d'autre part ce que la loi a entendu par ce terme ce n'est pas l'accueil passif des transactions privées, mais leur rédaction commentée, discutée et réfléchie.

Cependant il arrive quelque fois dans la pratique que les clients, après avoir rédigé eux-mêmes leurs conventions, se contentent d'en imposer au Notaire la transcription pure et simple, sauf pour ce dernier à mentionner s'il le veut qu'il s'est contenté d'investir de l'authenticité ces conventions. Outre qu'un tel usage ravale le Notaire à son ancien rôle de scribe et d'archiviste, il laisse entière sa responsabilité en dépit des Mentions libératoires.

C'est surtout en matière hypothécaire que le législateur a assuré au Notaire l'exercice de son monopole d'authentification avec un exclusivisme rigoureux : Le Code civil nous dit en effet dans son article 2127 : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte

« passé en forme authentique devant deux notaires
« ou devant un Notaire et deux témoins. »

Ce n'est pas à coup sûr du droit Romain qu'il s'est inspiré pour imposer ici la nécessité de l'acte authentique, car à Rome l'hypothèque pouvait être établie verbalement, et l'écriture n'était employée que pour la preuve. Néanmoins comme entre créanciers du même débiteur il eût été difficile d'établir l'ordre d'antériorité s'il n'y avait eu que des conventions verbales, les lois disaient qu'on préférerait le créancier muni d'un titre passé devant les officiers publics ou souscrit par trois personnes *integræ opinionis*.

L'art. 2127 n'est donc pas né des traditions romaines ; il a une origine toute nationale et n'est qu'un écho très affaibli d'un état de choses draconien qui a longtemps sévi en France. Avant le Code civil l'hypothèque s'attachait de plein droit à tout acte authentique et, par une interprétation abusive de l'adage : « qui s'oblige, oblige le sien », on était arrivé à se persuader que l'hypothèque existait sans affectation volontaire. Le Code civil a heureusement réagi contre cet abus incompatible avec le système de spécialisation dont il faisait la base du régime hypothécaire, et a exigé que la concession d'hypothèque fut versée dans un acte Notarié.

2° Les Notaires sont en outre chargés d'assurer **la date** des actes qu'ils reçoivent. C'est la seconde prérogative qui leur est allouée par la loi de Ventôse. Ici un conflit d'attribution paraît s'élever entre les Notaires et les préposés de l'Enregistrement : Auquel de ces deux ordres de fonctionnaires revient la mission de la fixation de la date ? Cette question n'est pas oiseuse surtout en matière d'hypothèques, où les déterminations de date et de rang chronologiques offrent un si capital intérêt.

Dans l'ancien droit, la vie active de l'hypothèque commençait le jour de la formalité de l'Enregistrement. La loi du 5 décembre 1790 nous dit : « à défaut d'enregistrement les délais « fixés dans un acte passé devant Notaire ne « pourra valoir que comme acte sous seing-privé. « L'acte ayant reçu la formalité ainsi acquerra la « fixité de la date et de l'hypothèque à compter du « jour de l'Enregistrement. » Certains auteurs, s'appuyant sur ce texte et le corroborant par l'article 1328 du Code civil, ont prétendu que de nos jours c'est encore la formalité de l'Enregistrement qui marque la naissance du droit hypothécaire en fixant la date de l'obligation. Mais, outre que l'art. 1328 doit être éliminé du débat comme s'appliquant à des écrits sous seing-privé, il est

incontestable aujourd'hui, sous l'empire de la loi de Frimaire, que si le Notaire encourt une amende pour défaut d'enregistrement de l'obligation hypothécaire dans les délais, l'hypothèque existe néanmoins et peut produire ses effets.

3° Les Notaires sont tenus de conserver le **dépôt** des actes qu'ils reçoivent. La loi de ventôse les rend ainsi à leur ancien rôle de garde notes. Comme l'a très bien dit Loyseau : « Les Minutes appartiennent au public puisque ce sont des actes publics. » Le Notaire en est seulement le détenteur responsable de leur suppression et de leur enlèvement.

4° Comme il serait extrêmement gênant dans la pratique des affaires que les parties fussent sans cesse obligées de se référer à l'acte qu'elles ont souscrit, soit pour leur édification, soit personnelle, soit pour s'en rappeler l'une à l'autre les dispositions; la loi de Ventôse impose au Notaire la mission d'en délivrer des **copies**. Ces copies portent le nom d'expédition si elles n'ont qu'un effet probatoire, et de grosses ou titres parisi si elles contiennent la formule d'exécution.

2° Attributions fonctionnelles du Notaire, conférées par des textes postérieures à la loi de Ventôse.

La loi de ventôse n'est pas le seul texte qui spécifie la destination du Notaire. Le

législateur a, par ailleurs, élargi sa sphère d'activité. C'est ainsi qu'il lui confie un rôle important de représentation en matière d'absence (C. C. art. 113) en matière de partages judiciaires (C. C. 228-831-842. C. P. C. 916), de vente judiciaire (C. C. 459-806-827. C. P. C. 747-904-955-970-988 et 1001, qu'il lui permet communément avec les huissiers de dresser les protêts, de signifier des offres réelles, (1258 C. C.) et qu'il lui réserve exclusivement la signification des actes respectueux (C. C. 154). Mais qu'on ne l'oublie pas, ces textes sont essentiellement limitatifs et l'empiètement du Notaire sur les attributions de certains autres officiers ministériels comme l'huissier ne peut s'étendre au-delà des cas circonscrits par la loi.

3° Attributions fonctionnelles reconnues au Notaire en vertu de son caractère, des travaux préparatoires de la loi de Ventôse et du sens des mots « recevoir » les actes et contrats.

Il est certain — et c'est là l'idée fondamentale de toute cette étude — que pour bien préciser l'étendue de la responsabilité du Notaire, il faut, avant tout, *restreindre jalousement ses attributions et ses devoirs fonctionnels à ceux qui lui incombent de par une loi positive*. C'est pour s'être trop écartés de

ce principe que les tribunaux ont tant fait d'arbitraire à l'égard des Notaires oubliant que là où ces derniers ne sont pas chargés d'un devoir professionnel par un texte législatif, ils n'encourent ni plus ni moins de responsabilité que le reste des hommes.

Mais, d'autre part, il convient aussi pour apprécier l'étendue de la mission de cet officier public de se pénétrer de l'esprit de la loi de Ventôse et du sens qu'elle attache au mot *recevoir* les actes.

Or, il est bien certain que cette loi n'entend pas faire du Notaire une machine à authentifier les actes et qu'en lui enjoignant de *recevoir* les contrats, elle ne lui impose pas de les accueillir sans discernement, mais plutôt de les *agréer*, comme un professeur reçoit un candidat après l'avoir examiné.

Le Notaire n'est plus comme dans l'antiquité un enregistreur servile, un secrétaire muet consignait les volontés des parties par des *notes* rapides à l'instar des scribes passifs (*notarii*) qui lui ont transmis leur nom. Il est le conseil éclairé des contractants, le régulateur de leurs engagements chargé de leur dévoiler la portée réelle des obligations qu'ils assument. Il expose et explique la loi

à des hommes qui, malgré l'ironique adage : *Nemo consetur ignorare legem*, la connaissent moins bien que lui. Mais, — et cette remarque est capitale, s'il éclaire, s'il enseigne les parties, en tant que Notaire il ne conclue pas. S'il critique le projet de transaction qu'on lui soumet, il n'en impose pas d'autres.

C'est pour être trop écartés de ce principe que les tribunaux l'ont si souvent condamné considérant que en fait et sans sortir de son domaine légal il remplit souvent le rôle d'arbitre et arrête personnellement et d'autorité les termes du contrat qu'il fait signer à ses clients.

Il est temps de réagir contre cette tendance de la justice à attribuer au Notaire le rôle de tuteur légal, de mentor responsable à l'égard de ses clients et à considérer ceux-ci comme dépouillant toute initiative personnelle, toute faculté d'examen dès qu'il s'agit d'arrêter les termes d'un acte notarié. Le Notaire ne substitue pas sa décision à la leur et le contrat que ces derniers concluent, doit être reconnu comme étant le fruit de leur libre volonté. Qu'il soit responsable de ses conseils de droit, cela n'est pas douteux puisqu'il est de son devoir professionnel de les fournir et de les fournir bons. Mais il doit rester absolument in-

demne de ses conseils de fait car s'il les a donnés, c'est en tant qu'homme et en cette qualité, il reste soumis au droit commun qui ne rend personne responsable d'un avis officieux (1).

Nous verrons ci-après qu'elles sont les obligations du Notaire quant à la réception raisonnée et judicieuse des actes et contrats.

(1) La tradition du droit romain et celle de notre ancienne jurisprudence exonère de tout recours le simple conseil : *consilii non fraudulentum nulla est obligatio*. En matière de prêt, on contestait le recours du prêteur contre celui qui lui avait désigné nommément un emprunteur insolvable. Toutefois, disent les Institutes (livre III, 26-6), l'avis de Sabinus l'avait emporté et, dans ce cas, on finit par considérer qu'un mandat (*Mandatum pecuniæ credendæ*) était intervenu entre le créancier et le *suator negotii*. Mais, nous le répétons, en thèse générale, le principe du non recours s'appliquait : *Nemo ex consilio obligatur etiam si non expediat cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare an expediat consilium*.

Section II

Responsabilité du Notaire en matière de prêts hypothécaires

CHAPITRE PREMIER

NULLITÉ

I. — Nullités de forme ou extrinsèques.

Il est de toute évidence qu'un Notaire peut être actionné en justice à raison des vices de forme infectant les actes qu'il reçoit. La loi de Ventôse est trop explicite sur ce point pour qu'il soit permis d'en douter. Toutefois, cette loi maintient comme actes sous seing-privés ceux qui à raison d'une infraction à ses dispositions sont privés du caractère authentique.

A cet égard, l'obligation hypothécaire se trouve dans une situation particulièrement défavorable,

car la perte du caractère authentique la tronque de son apanage capital — l'hypothèque — à raison des effets de l'art. 2127. C. C.

Toutefois la question se pose ici de savoir si le créancier ainsi frustré de son gage, et pouvant par conséquent courir le risque du non-remboursement, peut dores et déjà se retourner contre le Notaire à raison de ce dommage éventuel. Il semble que la condition d'*actualité* du préjudice fait ici défaut. Néanmoins il ne faut pas hésiter à admettre dans cette hypothèse le bien fondé d'un recours immédiat contre le Notaire ; car il ne faut pas s'y tromper, l'hypothèque n'est pas seulement une *garantie* c'est un *droit* cessible, pouvant être transmis à tout autre créancier par son titulaire et constituant un véritable *élément du patrimoine* de ce dernier.

Réception de l'acte.

« Les actes seront reçus, dit la loi de Ventôse, « par deux Notaires ou par un Notaire assisté de deux « témoins citoyens français sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte « est passé. »

Nous avons déjà reconnu le sens du mot *recevoir* qui ne signifie pas ici un enregistrement aveugle, mais comprend deux opérations réfléchies consis-

tant l'une à accueillir *sous bénéfice d'inventaire*, les projets de transaction proposés ; l'autre à en faire, dès qu'ils sont arrêtés, une rédaction claire et juridique. Aussi doit-on considérer comme tout à fait vaine la formule préliminaire que certains Notaires timorés ne manquent jamais de placer en tête de leurs obligations hypothécaires :

« Ont comparu :

« M... et M...

« Lesquels ont requis les Notaires soussignés de
« donner le caractère authentique aux conventions
« ci-après arrêtées directement entre eux hors
« le concours et sans la participation des dits
« Notaires. »

Il est bien certain qu'une telle clause ne saurait mettre le Notaire à l'abri des conséquences des vices pouvant affecter un tel acte, car cette faculté d'examen et de critique des conventions dont il jouit l'autorise à repousser d'emblée toute clause illicite, contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ; comme des clauses usuraires ou de voie parée, par exemple.

Rédaction.

Sans doute, dans tous les actes sauf le testament authentique dont la teneur est dictée par le dis-

posant au Notaire, ce dernier est seul maître de sa rédaction. Cependant avant d'imputer au Notaire les vices de la rédaction, il ne faut pas oublier que les parties en signant l'acte l'ont implicitement approuvé et reconnu par là qu'il exprimait bien et fidèlement leur volonté.

S'il n'en est pas ainsi à quoi sert en effet la formalité de la lecture : elle n'a pas pour objet de rien apprendre aux intéressés, puisque c'est de leurs décisions mêmes qu'on leur donne connaissance. Son seul but est de solliciter leur adhésion à la rédaction adoptée par le Notaire.

Toutefois et c'est ici, sans aucun doute, que se trouve la clef de la question ; il faut s'entendre sur le sens du mot « lecture » appliqué aux actes : ce qu'il signifie, ce n'est pas une collation cursive de leurs dispositions, mais bien une lecture explicative, commentée, didactique. Et avant de reprocher au Notaire les vices ou les ambiguïtés de la rédaction le plaignant devrait d'abord prouver que ce dernier ne lui a pas expliqué le texte qu'il proposait à sa signature. *Onus probandi incumbit actori.*

Présence.

1^o Du Notaire en second ou des témoins.

Depuis la loi du 21 juin 1845, interprétative de

l'art. 9 de la loi de Ventôse, deux catégories ont été établies parmi les actes notariés : les uns comme les donations ou les reconnaissances d'enfant naturel exigeant la présence réelle du Notaire en second ou des témoins, sous peine de nullité, les autres étant affranchis de cette exigence.

Comme il faut toujours interpréter restrictivement les dispositions qui ont pour effet d'infliger une nullité ou d'allourdir une responsabilité, il faut convenir sans hésiter que l'obligation hypothécaire n'étant pas visée dans l'énumération des actes soumis à la présence réelle du Notaire en second est affranchie de cette formalité et peut impunément recevoir le contre-seing de ce dernier après coup.

Le législateur de l'an XI a implicitement ratifié cet usage illogique en faisant disparaître d'une première rédaction les mots : « reçus conjointement par les deux Notaires », pour laisser entendre que la simultanéité de présence n'est pas nécessaire. Il est vrai qu'en fait, le Notaire en second qui paraît n'intervenir que comme un comparse sûrement protocolaire a un rôle assez mal défini. M. Dupin rapporteur de la loi de 1843 s'est efforcé il est vrai de le réhabiliter en disant qu'il s'impose comme *contrôleur de la forme de l'acte*.

« Sans pénétrer indiscrètement dans le secret des actes, il vérifie si les formes extérieures sont observées, si le protocole est régulier, si les renvois et l'énoncé des mots nuls sont exactement parafés, si l'acte ne contient pas de lacunes ou interlignes dont on puisse abuser. » Mais ce plaidoyer est impuissant à justifier le concours du Notaire en second puisque ce dernier peut être suppléé par des témoins instrumentaires d'ailleurs incapables de tout contrôle technique de la régularité des actes.

D'ailleurs, ce n'est pas à dire qu'un usage aussi irrationnel se soit implanté sans à-coup dans la pratique notariale.

Il régnait en fait depuis de longues années déjà et se trouvait en quelque sorte consacré par l'approbation générale, quand un revirement tout à fait inattendu de la jurisprudence vint jeter le trouble dans les esprits précisément à propos des contrats hypothécaires. La Cour de cassation par deux fois en 1841 et 1842 annula des actes notariés pour cause d'absence des témoins, non seulement à l'apposition de la signature, mais même aux discussions préliminaires du contrat. Le public en conçut les plus vives inquiétudes pour le sort des hypothèques alors existantes et qui avaient été concédées hors la présence du Notaire en second. Le rappor-

teur de la loi de 1843 se fit l'écho de cette alarme de l'opinion en protestant : « L'hypothèque s'étend
« à tout, disait-il. Elle ne forme pas une classe de
« contrat isolé, elle se lie à tous les autres, elle
« prend place dans toutes les transactions et fait
« le plus souvent leur véritable efficacité, leur seule
« garantie.

« La destruction de l'authenticité des actes et
« par suite l'anéantissement des stipulations hypo-
« thécaires qui en dépend serait donc à elle seule
« une énorme perturbation. Nul ne peut calculer
« la masse d'intérêts qui pourrait être engloutie
« dans ce naufrage.

C'est de cette inquiétude publique qu'est sortie la loi du 21 juin 1843, et c'est pour prévenir par la suite le retour d'une telle panique que cette loi énuméra limitativement les actes soumis à la présence réelle.

La Cour de Cassation a même fait une application extrêmement large de cette loi en admettant la validité du contre-seing apposé par les témoins instrumentaires, non seulement dans un lieu différent de celui de la réception de l'acte, mais encore à une date postérieure et même après le décès de l'une des parties (Cass. 3 janvier 1888). Enfin, il a été jugé que le Notaire qui atteste leur assistance à un acte dans une commune où ils ne

se trouvaient pas ce jour là, n'est de ce chef soumis à aucune action. Amiens, 10 juillet 1862, (Cass. 31 mai 1865).

2° Du Notaire instrumentant.

Le Notaire instrumentant doit-il assister en personne à la signature de l'obligation hypothécaire? Beaucoup de tribunaux se sont prononcés pour l'affirmative et l'ont rendu responsable de son absence à la signature d'un contrat de cette nature.

Nous ne saurions partager cette opinion. En définitive, si le Notaire transmet à l'acte qu'il reçoit le caractère authentique, c'est moins par sa présence que par sa signature. De plus, cette règle de la nécessité de la présence personnelle du Notaire instrumentant, se heurte à une impossibilité matérielle qui la condamne, car ce fonctionnaire n'ayant pas après tout le don d'ubiquité, ne pourra dans les grandes villes, où le mouvement d'affaires est très actif, assister en personne à toutes les obligations hypothécaires passées en son étude.

D'ailleurs, il n'en est pas de ces contrats, comme des donations ou autres actes analogues, qui se concluent en un instant et s'accomplissent tout d'un trait. L'obligation hypothécaire se conçoit et s'enfante plus laborieusement ; avant

d'arriver à parfaite réalisation elle a fait l'objet de débats préliminaires, d'une étude plus ou moins longue que le Notaire a pu diriger. Aussi ne voit-on pas la faute qu'il commet lorsque ayant reçu en quelque sorte moralement le contrat après cette période d'incubation il en confie la réception matérielle à un clerc (1).

D'autant mieux que le clerc ne peut-être considéré comme un homme de service à gages, mais à une *existence légale* qui paraît bien l'autoriser à remplacer son patron dans la réception des actes courants : tenu à la formalité de l'inscription sur les registres de la chambre, il ne peut se prévaloir de l'article 2101 pour le paiement de ses appointements ; il est soumis à une surveillance et à des pénalités disciplinaires (suspension, résignation forcée de son emploi), et ne peut enfin se livrer à des occupations étrangères à celles de l'étude.

3° Des parties.

A. — Par Mandataire.

Du débiteur. — Les parties peuvent toujours se faire représenter au contrat qu'elles concluent par un mandataire, mais la procuration en matière hypothécaire est soumise à des conditions parti-

(1) En sens contraire. Cour de Caen, 4 janvier 1884. Cassat. 23 juillet 1861.

culières de validité que le Notaire ne saurait méconnaître sans s'exposer au légitime recours des contractants.

Le pouvoir à l'effet de conférer hypothèque doit être *EXPRÈS* (article 1988). Il ne faut pas se méprendre sur le sens du mot *exprès* qui n'est pas du tout synonyme de *spécial*. Un mandat est conçu en termes généraux, quand les parties n'ont pas déterminé d'avance la *nature* des actes à accomplir, mais, il est *exprès* dès qu'il précise l'*espèce* d'acte auxquels pourra se livrer le mandataire, et quand bien même il négligerait de *spécifier l'objet* respectif de ces actes.

Le principe de la spécialité quant à l'autorisation maritale (article 223 et 1538) fait obstacle à ce que la femme donne pendant le mariage à son mari ou à un tiers, mandat soit d'hypothéquer tout ses immeubles, soit de subroger indéfiniment dans son hypothèque légale et ce même relativement à ses biens paraphernaux.

Le pouvoir à l'effet de confier hypothèque doit être *AUTHENTIQUE*.

La jurisprudence n'avait pas tout d'abord admis cette règle qui ne se tire que par induction des préceptes du Code civil.

La théorie contraire a heureusement prévalu. Il est évident que le pouvoir, en thèse générale,

contient l'élément essentiel du contrat : *la volonté* même de celui qui concède l'hypothèque. Partant il semble bien qu'on doive logiquement réunir dans l'application de l'article 2127, la procuration et l'obligation hypothécaire qui en est le corrolaire, car ces deux actes pour être matériellement distincts sont au fond inséparables et liés entre eux par une relation de cause à effet.

Du Créancier. — Si la loi, dans une vue de protection du débiteur, ne l'autorise à se faire représenter à l'obligation hypothécaire que par un mandataire commis en la forme authentique, elle n'avait pas les mêmes précautions à prendre à l'égard du créancier. N'encourrait donc de ce chef aucune responsabilité, le Notaire qui ferait accepter l'affectation hypothécaire par un mandataire muni seulement d'un pouvoir sous-seing privé.

Clerc-mandataire des parties. — Si l'article 8 de la loi de Ventôse fait obstacle à ce que le Notaire reçoive un acte pour lui-même ou quelqu'un des siens, il ne s'oppose jamais à ce que des clercs assument la fonction de mandataire dans les conventions arrêtées en son étude. L'article 8 édicte des incapacités et comme tel doit être interprété restrictivement. (Lyon, 11 février 1855).

B. — Présence personnelle des parties.

On a longtemps cru que le prêt étant un contrat unilatéral ne requérait pas la présence du prêteur sous prétexte que ce dernier n'y assume aucun engagement en dehors de ceux qu'impose la bonne foi et qui sont communs à tous les contrats en droit français.

Cette conception a été heureusement corrigée par un arrêt de la Cour de Rennes du 7 décembre 1866. Il est certain qu'en principe le prêt de consommation pur et simple, schématique en quelque sorte, est unilatéral et n'engendre qu'une seule obligation : celle de l'emprunteur. Mais en fait ce contrat comporte, dans la pratique, une foule de clauses accessoires dictées dans l'intérêt commun des parties visant, par exemple, le mode et le lieu de remboursement et qui le rendent *synallagmatique*.

Lors donc que le prêteur est absent au contrat on ne saurait recommander trop de prudence au Notaire, car sa participation personnelle à l'acte peut s'induire des circonstances et notamment de cette déclaration que la délivrance des fonds a été effectuée par son intermédiaire.

II. — Nullités ou défectuosités intrinsèques.

Il faut noter entre les vices de forme ou intrinsèques que nous venons d'étudier, et les vices de fond cette différence que les premiers sont toujours *radicaux*, abolissent irrémédiablement l'acte notarié qu'ils infectent tandis que les seconds, au contraire, sont susceptibles de degrés et engendrent, tantôt la nullité, tantôt de simples inconvénients.

D'autre part, la nullité de forme est toujours imputable au notaire, tandis que la nullité, quant au fond, peut très bien exister, sans engager sa responsabilité, dans le cas, par exemple, où il reçoit une obligation hypothécaire souscrite par un mineur, dont les témoins certificateurs, lui ont caché le véritable état-civil.

Les défectuosités infectant la convention proviennent, tantôt d'une erreur sur un point de droit, de l'oubli ou de l'ignorance d'une disposition légale, d'une interprétation erronée de texte, tantôt d'une erreur sur un point de fait, tel que la fraude, la violence, l'état mental, l'âge, le mariage d'une des parties, la dotalité d'un immeuble, etc.

Dans ces divers cas il convient de savoir jusqu'à quel point le Notaire peut se trouver personnelle-

ment engagé du chef de ces défauts, en sa qualité de *conseil* des parties.

La jurisprudence pour trancher cette délicate question paraît s'inspirer dans chaque espèce du même principe qui lui sert en quelque sorte de criterium : la responsabilité du Notaire à l'égard de son client, est en raison inverse du degré de capacité de ce dernier.

Cette théorie assez juste au premier abord, aboutit en fait à des décisions révoltantes d'arbitraire et il convient d'en faire ici le procès.

Tout d'abord, il est certain qu'en affaires, cette classification des hommes en lettrés et en illettrés est plus que partout ailleurs fantaisiste et antipsychologique. Les gens du peuple, à la campagne surtout, sont doués d'un sens pratique très affiné et d'une entente naturelle de leurs intérêts, qui jointe à leur jugement et à leur défaillance instinctive, les met plus que d'autres en garde contre les séductions.

D'autre part, admettre en thèse générale qu'il y a, pour apprécier l'étendue du zèle imposé au Notaire, deux poids et deux mesures suivant qu'il se trouve en présence d'hommes expérimentés ou de client ignorants, c'est par ce temps d'instruction obligatoire, promettre une sorte de prime à l'ignorance, c'est introduire le règne de l'anarchie dans

la jurisprudence en abandonnant le Notaire appelé en justice à la merci des impressions personnelles des juges sur le niveau intellectuel du demandeur. Si l'on songe que bien des gens savent très bien le cas échéant jouer la comédie de l'inconscience juridique pour se poser en prétendues victimes des Notaires, on voit à quels dangers ce dernier se trouve exposé en devenant le jouet de cette hypocrisie.

On a bien essayé d'avancer un criterium directeur de l'appréciation que le juge doit porter sur l'étendue de l'intelligence du plaignant. On a proposé un signe comme *brevet d'incapacité* : sont *lettrés*, a-t-on dit, les gens qui savent lire et *illettrés* ceux qui ne le savent pas. Mais ne sent-on pas que cette division classique des hommes en deux catégories bien distinctes est trop tranchée, néglige une foule de degrés intermédiaires reliant ces deux classes l'une à l'autre, froisse tout un monde de nuances et appelle à l'infini des subdivisions plus distributives ? Ne rencontre-t-on pas tous les jours, à la campagne surtout, des hommes ne sachant pas lire, incapables même de signer leur nom, et qui cependant, sont d'instinct des hommes d'affaires retors, tandis qu'au contraire, des citadins, des esprits cultivés, font par indifférences ou inaptitude, preuve d'impéritie dans la direction de leurs intérêts !

Bien plus au risque d'effleurer le paradoxe, on peut avancer cet axiome qu'un développement intellectuel trop complet désarme ceux qui en jouissent du sens pratique indispensable pour triompher dans la mêlée des affaires. La supériorité de leur idéal tend en effet à abolir en eux l'instinct de cupidité et la défiance d'autrui. La hauteur ordinaire de leurs conceptions nuit chez eux à l'ingéniosité d'expédients, à l'esprit de minutie, à la subtilité de flair, et partant à cette belle assurance en soi-même, qui sont autant d'avantages nécessaires pour entrer en maître dans le champ des questions d'intérêts et s'y mouvoir aisément. Mieux vaut n'apporter à cette tâche que des facultés moyennes : le don de combativité, du bon sens et de la circonspection : *aurea mediocritas*, telle pourrait être, en le détournant légèrement de son sens primitif, la devise de l'homme d'affaires habile et triomphant.

L'idéologie, l'habitude des idées spéculatives et des abstractions abolit les ressources pratiques chez le penseur. De par sa tendance impérieuse, à la synthèse et aux généralisations, il se trouve être trop compréhensif pour avoir une vue bien nette et *adequate* des contingences objectives. S'il veut résoudre une question de fait, il a le tort considérable de se défier absolument de son

jugement naturel pour invoquer tout de suite les principes et se fier à un raisonnement déductif.

Les praticiens, au contraire, par une sorte d'intuition semblent apercevoir simultanément la difficulté et la solution qui lui convient. Non pas qu'ils aient à l'exclusion des premiers l'apanage de la sagacité, mais parce qu'ils ont cette supériorité capitale d'être avant tout des *clairvoyants*.

Leur instrument de décision ordinaire n'est que le simple bon sens, et il se trouve néanmoins, que leurs avis sont d'ordinaire marqués au coin de la plus stricte légalité, car ils sont en conformité naturelle avec les dispositions du Code qui n'est lui-même, à tout prendre, qu'une œuvre de bon sens.

Parfois il est vrai la pratique offre des difficultés qu'on ne saurait résoudre au moyen des seules suggestions du bon sens. Alors nos praticiens abandonnent la méthode intuitive dont nous parlions tout à l'heure et recourent à l'expédient des *analogies*, c'est-à-dire, qu'en présence de l'espèce posée, ils se remémorent d'autres cas semblables survenus antérieurement et appliquent sensiblement aux circonstances présentes la solution adoptée jadis en pareille conjoncture.

Les réfléchis, eux, se défiant des réponses toutes

faites n'attendent la lumière que de leur seule argumentation et arrivent souvent à cette conséquence fâcheuse de tomber en désaccord absolu avec l'état de la jurisprudence, ou perdant de vue la simple vérité aboutissent à l'indécision. Leur pondération fait d'eux des timorés et se résoud en pusillanimité, et leur savoir profond peut les laisser sans moyens devant les difficultés concrètes. Aussi a-t-on pu voir des maîtres mêmes de la science du droit, commettre des pas de clerc surprenants dans la gestion de leurs propres intérêts.

En un mot, établir sous forme de règle, une proportion constante entre le degré de responsabilité d'un individu vis-à-vis de lui-même et son ouverture d'esprit ou son acquit scientifique, c'est poser arbitrairement une loi des plus contestables. Écoutons cependant les affirmations très nettes avancées par M. Almeras-Latour à la Chambre des Requêtes. (*Journal du Palais*, 1870, 1112) :

« Il nous paraît impossible de ne pas reconnaître que cette responsabilité doit être plus ou moins étroite, suivant la qualité et le caractère des parties...

« Dans certains cas déterminés, le Notaire peut être à l'abri de tout recours si même en concourant à un acte reprochable à certains égards, il a cédé à la volonté réfléchie de son client ou

« bien si ce client, dirigeant une opération quel-
 « conque se signalait par une intelligence et une
 « expérience des affaires, telle que la pensée de
 « lui donner des conseils pouvait ne pas venir à un
 « esprit raisonnable. Il y a là, pour ainsi dire, un
 « mouvement de balance qui tend à mettre les
 « choses en équilibre et à mesure qu'on voit appa-
 « raître la responsabilité de la partie envers elle-
 « même on voit diminuer progressivement, puis
 « disparaître tout à fait la responsabilité de l'offi-
 « cier public. »

Mais apprécier l'intelligence, le savoir, l'expé-
 rience d'un individu, c'est-à-dire ses qualités *sub-*
jectives et comme dit le magistrat que nous venons
 de citer la responsabilité qu'il encourt envers lui-
 même, c'est faire œuvre de psychologue et le
 Notaire n'est pas tenu d'être un psychologue, il
 lui suffit d'être un juriste.

I. — Erreurs de droit.

Sont-elles reprochables au Notaire ?

Les différents sentiments émis sur ce problème
 peuvent se condenser en trois systèmes prin-
 cipaux.

Premier système :

« Il n'y a point de doute, disait Ferrière, que les
« Notaires ne doivent pas être tenus des domma-
« ges-intérêts des parties quand la nullité de leurs
« actes provient de la disposition du droit et des
« coutumes pourvu qu'il n'y ait point de dol ou de
« faute si grave qu'elle mérite de passer pour dol. »

Cette opinion a rencontré un assez grand nombre d'adhésions. (Massé, *Parfait Notaire*, l. I, p. 55. Rolland de Villargues, n° 134). Ces auteurs la défendent surtout parce qu'elle est en parfaite conformité avec l'article 63 de la loi de Ventôse qui ne sévit pas uniformément contre les Notaires, mais ne les frappe que s'il y a lieu.

Quant à la jurisprudence, elle l'a plusieurs fois consacrée et notamment dans une espèce typique. Par un arrêt du 22 décembre 1840, la Cour de cassation a absout un notaire du fait d'avoir reçu un acte par lequel une femme avait affecté à la garantie d'une dette de son mari tous ses immeubles présents et à venir, alors qu'elle ne pouvait concéder qu'une hypothèque spéciale. Les parties, dit cet arrêt, ont seules à se reprocher la violation d'une disposition de la loi que chacun est censé connaître.

Cette argumentation ne saurait satisfaire l'esprit : sans doute le contrat est bien l'œuvre des parties

qui l'ont conçu, mais sauf redressement, de la part du Notaire qui n'a dû le recevoir qu'épuré de toute erreur radicale. Il ne faut pas, à l'instar de la plupart des tribunaux tomber dans cette déplorable erreur qui consiste à présumer constamment que c'est le Notaire qui, personnellement et de son chef après s'être inspiré des intentions des parties a arrêté toute l'économie du contrat. Mais d'autre part, on doit aussi rendre dans une certaine mesure que nous essaierons de préciser plus loin, le notaire responsable des erreurs de droit affectant intrinséquement les contrats.

Quant à l'argument qu'on prétend tirer contre cette responsabilité de l'adage : *Nemo censetur ignorare legem* pour imputer aux parties seules les conséquences des erreurs commises, il ne peut se défendre, car outre que cet axiome ne se justifie malheureusement pas en fait, il est certain que le Notaire bénéficie d'une présomption de *supériorité* en compétence juridique sur le reste des citoyens.

Mais, dira-t-on, cette présomption de capacité particulière qui honore le Notaire n'est pas toujours confirmée par ce dernier qui a raison de son jeune âge ou de son inexpérience peut très bien ne pas atteindre ce niveau de compétence que nous attribuons *in globo* à cet ordre de fonctionnaires. Cette considération ne saurait lui servir d'excuse, car

dans ce cas il aurait dû s'entourer d'avis éclairés : Philippe le Bel, dans son ordonnance de 1304 disait déjà :

« Si vero recipiendo contractum requisitis cupus
« Naturam ignorent il per encristum non habiant
« notitiam, vel diritiam instrumente super con-
« tractu hujus modi ordinandi, remittant contra-
« trentes ad alium vel peritiores consulant, saltem
« antequam de protocollo instrumenta extrahant,
« sive possent. » V. (Eloy, p. 112.)

Deuxième système :

D'après une deuxième théorie dégagée de la jurisprudence contemporaine, le Notaire répond en principe des nullités de droit à moins qu'elles ne soient le résultat d'une erreur portant sur un *point controversé*. (Demolombe, Rep. 387-388. Eloy, 581, II, p. 49).

Il répugne, a-t-on dit, à la dignité du Notaire d'en faire le vil instrument des parties, le traducteur passif et silencieux de toutes leurs fantaisies, de tous leurs égarements. En conséquence, on doit reconnaître que cet officier public en apposant sa signature au bas d'erreurs de droit en assume les conséquences.

Mais il convient de limiter cette responsabilité aux seules erreurs grossières, c'est-à-dire dénotant

l'ignorance profonde du Notaire et commises sur *un point de droit incontesté*. Quant aux questions controversées, le Notaire ne doit nullement être inquiété à raison des solutions qu'il y a apportées de bonne foi dans la pratique des affaires. Il serait excessif, a-t-on dit, d'exiger de ces officiers publics « qu'ils décident, sous peine d'une responsabilité « souvent redoutable des questions litigieuses « sur lesquelles la jurisprudence et la doctrine « présentent de grandes incertitudes. » La Cour de cassation s'est souvent inspirée de ce principe dans ses arrêts. En matière hypothécaire, notamment, elle condamna, le 24 mai 1886, un Notaire qui avait, en 1872, reçu une cession d'hypothèque légale de la femme et avait accepté pour cette opération, la signature d'un mandataire constitué par acte sous-seing privé. « Attendu, disaient les « considérants de l'arrêt qu'à une époque déjà « reculée, une controverse avait été soulevée « sur la question de savoir si le débiteur conférant « des garanties hypothécaires pouvait être repré- « senté par un mandataire muni d'une procuration « sous-seing privé, mais qu'en 1876, au moment de « la rédaction de l'acte, cause du litige, plusieurs « arrêts de la Cour de cassation, notamment les « arrêts de la Chambre civile des 7 février 1854 « et 12 novembre 1855 et l'arrêt de la Chambre

« des Requêtes du 19 Janvier 1864 avaient jugé
« que le mandataire devait à peine de nullité de
« l'acte agir en vertu d'un mandat authentique, *quod*
« *la controverse a perdu tout caractère sérieux à la*
suite de cette jurisprudence, etc....»

Les tribunaux (V. cassat., 12 avril 1843) ont quelquefois condamné le Notaire qui, en présence d'une controverse et d'un conflit d'opinions sur un point de droit entre la doctrine d'une part et la *jurisprudence* courante, d'autre part, ne s'était pas rangé à l'avis de cette dernière. Il est certain que cette manière de voir est assez logique, car en définitive dans le domaine des faits l'élément d'appréciation le plus intéressant, c'est l'opinion commune des tribunaux sur la question, à la condition, bien entendu, que la jurisprudence présente une constance et une homogénéité indiscutables.

Troisième système :

Il arrive souvent qu'après bien des années de débats doctrinaux et d'hésitations pratiques sur l'interprétation de la loi, un auteur survienne qui, profitant de cette longue lutte des opinions, recueille le fruit des controverses soutenues jusqu'à lui et tire un système satisfaisant du rapprochement des théories émises par ses prédécesseurs.

Dans l'espèce, c'est à M. Bauby, croyons-nous, que revient l'honneur d'avoir définitivement résolu le problème qui nous occupe. La responsabilité du Notaire ne se pose, dit cet auteur, que quand il a il a transgressé un empêchement prohibitif, c'est-à-dire formulé dans un texte positif de la loi (comme l'inaliénabilité du bien dotal, l'incapacité du mineur, etc.) et nullement quand il a méconnu un empêchement facultatif, c'est-à-dire résultant des principes, mais par voie indirecte et d'interprétation. Dans le premier cas, il a failli à un devoir professionnel, dans le second il a commis une erreur essentiellement humaine et pardonnable.

Ce n'est pas seulement son rôle officiel de conseil des parties qui rend le Notaire responsable de la nullité intrinsèque d'un contrat, c'est aussi le sens attaché par le législateur à la définition qu'il donne de ce fonctionnaire : « C'est dit-il un « fonctionnaire public chargé de recevoir les « *actes et contrats*. » Or, un *contrat* infecté d'un vice radical ne mérite pas ce nom, il ne crée aucune obligation et le Notaire qui le reçoit méconnaît son principal devoir qui est de recevoir des contrats et non les monstres juridiques enfantés par la fantaisie des particuliers.

Cependant quelle va être la situation du Notaire si les parties lui enjoignent de recevoir, non pas

un acte illicite qu'il pourrait à coup sûr repousser, mais une convention simplement illégale, annulable, et s'il accepte qui viendra, plus tard, rendre témoignage de ses protestations au moment de la réception? Doit-il s'incliner devant l'insistance des parties? — Nous ne le croyons pas, et pour cette seule raison que le Notaire est avant tout un fonctionnaire, institué dans une vue d'ordre général, que sa mission sociale est de prévenir les procès en n'enregistrant que des engagements légaux et réguliers.

Forcer le Notaire à accueillir des transactions infectées d'illégalité, c'est méconnaître sa destination publique en en faisant l'instrument de toutes les combinaisons louches et grosses de procès, en le convertissant en un agent de désorganisation sociale, c'est vilipender la forme authentique et surtout c'est tourner en dérision la formule exécutoire en disant que le Président de la République ordonne de veiller à l'accomplissement d'engagements morts-nés.

Si se laissant forcer la main, le Notaire apposait son seing au pied des conventions nulles de par le bon vouloir des parties, il pourrait sans doute (en prouvant, bien eutendu, qu'il n'a pas agi librement) confondre toujours les parties qui l'actionneraient en dommages-intérêts en leur

opposant l'adage : « *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* ». Mais il ne serait pas à l'abri du recours des tiers étrangers au contrat et qui pourraient être atteints par ricochet de son illégalité.

Il nous semble que dans l'étude de ce problème des défectuosités intrinsèques des actes, on a toujours eu le tort de négliger la division bipartide des nullités : les unes frappant l'acte d'inexistence, les autres le rendant simplement annulable. Il est certain que lorsqu'elles se présentent, les premières peuvent fonder un recours immédiat contre le Notaire, tandis que les secondes, au contraire, n'autorisent l'action en dommages intérêts contre ce dernier que dans le cas où l'une des parties les invoque pour se soustraire à ses obligations.

II. — Erreurs de fait.

Il est presque impossible de tracer ici *a priori* une règle sur l'étendue de la responsabilité que le Notaire peut encourir du chef d'erreurs de ce genre. Il convient plutôt de passer en revue quelques cas pratiques, assez fréquents, et de les commenter au passage.

Identité. Situation des parties.

Un point désormais hors de doute, c'est que le Notaire ne peut se disculper des suppositions de personnes commises dans les actes qu'il a reçus. De deux choses l'une : ou bien il connaît personnellement les individus qui sont en sa présence et alors toute substitution est impossible, ou bien il ne les connaît pas et doit alors suivre à la lettre les prescriptions de la loi de Ventôse. « Le nom, l'état » et la demeure des parties devront être connus » des Notaires ou leur être attestés dans l'acte par « deux citoyens connus d'eux... »

Mais s'il est incontestable que le Notaire est en faute, de ne pas s'enquérir de la vraie personnalité des parties, la question se pose de savoir, s'il doit aussi vérifier leur *état civil et juridique*.

La loi de Ventôse a négligé de s'expliquer sur ce point. Elle lui prescrit bien de s'assurer de l'état des parties, mais elle entend viser par là leur profession.

La loi de 1791 avait prévu parmi les cas de refus obligatoire de ministère, l'*incapacité* des requérants. La loi de Ventôse n'a pas relevé ce cas parce qu'il fut considéré comme superflu de le mentionner.

Il est des circonstances où l'incapacité éclate

aux yeux par des indices évidents, ainsi l'aspect par trop juvénile d'un enfant révèle sa minorité, le fou se trahit par son extravagance, etc. Mais en dehors de ces hypothèses exceptionnelles, qui devra dénoncer au Notaire le véritable état civil des requérants ? La notoriété publique dit-on : c'est là, l'agent délateur par excellence ; et si le Notaire n'en tient pas compte il est fautif. Mais il faut bien reconnaître qu'en dehors des petites localités dont tous les habitants se connaissent et s'observent, la notoriété publique est un moyen d'information illusoire pour révéler l'état-civil des parties. Le Notaire devra recourir aux déclarations de témoins certificateurs, même quand il serait parfaitement renseigné sur l'identité véritable des requérants s'il lui reste quelque doute sur leur situation juridique.

Identité et situation juridique des biens.

A. Le Notaire hypothèque un immeuble pour un autre.

Cette hypothèse peut le plus facilement se réaliser quand l'immeuble qu'il s'agit d'hypothéquer provient d'une succession entre les mains du débiteur et se trouvait primitivement englobé

dans un domaine continu qui a été fractionné par un partage.

Le Notaire est tenu du chef de cette erreur grossière, car il avait dix moyens pour un de l'éviter : examen des titres, des registres hypothécaires, de la matrice cadastrale, etc.

Toutefois, si le Notaire a été induit en erreur par les déclarations des parties il n'est plus tenu seul des dommages-intérêts. (Cass. 17 août 1869; — 28 novembre 1871; 2 juillet 1878 — 7 février 1885; — 26 août 1887).

**B. Le Notaire enfreint le principe de la spécialisation
du gage hypothécaire.**

Anciennement, l'hypothèque était attachée de plein droit et sans stipulation aux actes notariés, et était naturellement générale, c'est-à-dire s'étendait à tous les biens présents et à venir des débiteurs. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Non seulement l'hypothèque doit être expresse mais il faut encore qu'elle soit accompagnée d'une désignation spéciale de l'immeuble affecté, par une indication bien précise de sa nature et de sa situation.

Référence à un acte antérieur.

Il arrive très souvent dans la pratique que les Notaires plus expéditifs que prudents substituent à

une désignation régulière cette formule : « Quant « à la désignation des biens les parties d'un commun « accord déclarent s'en référer à tel acte de vente « ou donation reçu le.... par le Notaire soussigné ». Cette pratique est vicieuse et met le Notaire en danger malgré le palliatif contenu dans ces mots « les parties d'un commun accord » car il est bien certain que ce procédé de la référence à un acte antérieur n'émane pas des parties, mais bien du Notaire lui-même.

Sans doute, la loi n'exige pas que la désignation soit portée dans l'acte même d'obligation hypothécaire, car le débiteur peut ne pas avoir en main, au moment où il le signe, tous les renseignements nécessaires sur la délimitation exact des immeubles proposée en gage, mais dans ce cas, elle doit être consignée dans un acte postérieur qui vient, en quelque sorte, *s'annexer* au premier et en forme le *complément*.

On ne saurait, au contraire, invoquer cette relation étroite d'accessoire à principal, cette unité d'objet entre l'obligation hypothécaire et un acte antérieur, absolument indépendant, de donation ou de vente.

Désignation trop générale.

On contrevient également au principe de la spécialisation du gage, lorsqu'on omet d'en men-

tionner, soit la *nature* (par exemple, en disant seulement : tous les immeubles du débiteur situés dans l'arrondissement de...) soit la *situation* (en affectant d'une façon générale tous les immeubles présents et à venir).

Dans cette délicate matière, la responsabilité du Notaire fut longtemps contestée à raison de la controverse qui existait sur la validité de l'hypothèque non spécialisée. Montpellier, 7 février 1866), mais il est aujourd'hui établi que le Notaire peut, de ce chef, être personnellement mis en cause. D'autant mieux qu'aux yeux de certains auteurs cette formalité de spécialisation de l'hypothèque est plutôt d'ordre purement extrinsèque c'est-à-dire intéressant directement la forme de l'acte dont le notaire est à coup sûr garant. En effet, quand le débiteur propose à son créancier qui l'accepte, telle fraction de son patrimoine en gage, la convention est parfaite entre les parties sans que foncièrement parlant il soit besoin de désigner plus amplement le gage dont l'*identité* ne fait aucun doute pour les contractants. Or une formalité qui n'ajoute rien à la convention des parties et qui cependant est requise à peine de nullité appartient plutôt au domaine de la forme et à ce titre incombe au Notaire.

CHAPITRE II

Le secret professionnel et les obligations hypothécaires.

Le Notaire est le dépositaire des secrets de famille et de tout temps on a reconnu qu'après avoir reçu les confidences de ses clients il ne saurait impunément livrer ces secrets à la curiosité publique.

Ce devoir moral a même été élevé à la hauteur d'une prescription obligatoire et sanctionnée par la loi, puisque celle-ci fait défense au Notaire de communiquer ses minutes à d'autres que les parties intéressées, leurs héritiers ou ayants cause à peine de dommages-intérêts, d'une amende de 20 francs et en cas de récidive de suspension de fonction.

Mais en matière de prêts hypothécaires il semble que cette règle de discrétion absolue provoque une antinomie irréductible.

En effet le Notaire doit incontestablement aviser le bailleur de fonds de la situation hypothécaire du débiteur telle qu'elle lui est révélée par l'examen des actes passés antérieurement à son étude. Mais alors, objecte-t-on non seulement il trahit le secret professionnel, il le divulgue spontanément.

Ainsi pose la contradiction de ces deux devoirs paraît insoluble. Mais trois considérations permettent de faire fléchir dans ce domaine des obligations hypothécaires le grand devoir de discrétion et de silence imposé au Notaire.

Que le Notaire ait le droit de contredire le débiteur lorsque ce dernier déclare mensongèrement indemnes des biens déjà grevés, cela n'est pas douteux. Sinon il faut déclarer qu'on l'associe de force en qualité de complice au délit de *stellionat*. Mais, il est plus difficile d'apprécier ses devoirs lorsque le débiteur se contente de taire les charges hypothécaires existantes.

M. Eloy nous dit que le Notaire en sa qualité de conseil légal des parties doit aviser le créancier de la situation hypothécaire car il est de son devoir de sauvegarder dans la mesure de ses moyens les intérêts de ses clients. Mais cette solution nous

semble boîteuse, car s'il peut être préjudiciable au créancier d'ignorer la situation hypothécaire du débiteur, il peut d'autre part être très nuisible ce dernier à de la voir dévoilée. Ainsi posée, pour-quoi la question se résoudrait-elle, en faveur du créancier plutôt qu'en faveur du débiteur?

Pour pouvoir soutenir l'opinion de M. Eloy, à laquelle en définitive on doit néanmoins se rallier il faut introduire dans le débat un autre élément que l'intérêt privé des particuliers. Nous voulons parler de *l'intérêt public* dont la fonction du Notaire doit autant que possible assurer le respect. Imposer à cet officier public un silence aussi immoral en soi, et susceptible d'avoir plus tard des conséquences si funestes et de provoquer dès procès sans nombre, c'est méconnaître sa véritable destination et les raisons qui ont présidé à son institution.

Enfin nous ne voyons pas le bien fondé des scrupules qui pourraient forcer le Notaire à un mutisme aussi inutile quand il est loisible à tout le monde de s'édifier sur la situation hypothécaire de son voisin en consultant les registres du bureau des hypothèques.

CHAPITRE III

I. — **Clauses préventives**

On appelle dans la pratique clauses préventives celles que le Notaire insère dans un acte qu'il reçoit pour mettre sa responsabilité à couvert lorsque les parties se refusent à suivre ses conseils ou persistent à faire des conventions qu'il juge préjudiciables à leurs intérêts.

Telle est celle par laquelle le Notaire dans une obligation hypothécaire déclare que le prêt a été négocié directement entre les parties et que sa participation personnelle s'est bornée à authentifier les conventions arrêtées antérieurement.

Validité de ces clauses

On le voit, ces clauses tendent à alléger le Notaire du fardeau de la responsabilité qui forme

un si heureux contrepoids à l'autorité dont il est investi.

Après de nombreuses variations de la jurisprudence, les tribunaux paraissent s'accorder à refuser à ces clauses toutes espèce d'efficacité. « Si les « Notaires, dit un arrêt de la Cour de cassation du « 2 avril 1872 ne peut instrumenter pour les per-
« sonnes qui sont leurs parentes au degré puni par
« l'article 8 de la loi de Ventôse ils ne peuvent à
« plus forte raison instrumenter pour eux-mêmes,
« d'où il suit que les tribunaux ne sont pas liés
« d'une manière absolue par la déclaration que fait
« à son profit et dans son intérêt le Notaire, rela-
« tivement à la responsabilité qui peut naître contre
« lui de la conduite qu'il a tenu, des conseils qu'il
« a donnés dans les circonstances qui ont précédé
« ou accompagné la passation de l'acte. »

Il est regrettable que ce système d'opposition à toute validité des clauses d'exonération soit si unanimement adopté, car il ne s'appuie pas comme ses partisans le prétendent sur la prohibition faite au Notaire par la loi de Ventôse d'instrumenter pour son propre compte, c'est-à-dire dans un acte où il paraît en qualité de partie. Le notaire n'est pas à proprement parler « partie » à l'acte lorsqu'il y insère une clause préventive. Cette qualité n'appartient qu'à ceux, qui soit en leur nom

personnel soit par l'intermédiaire de mandants stipulent ou s'engagent, dont la participation à l'acte intéresse directement la convention et se rattache au fond même du contrat. Or, le notaire qui glisse une clause d'irresponsabilité dans un acte reste parfaitement étranger aux éléments contractuels que cet acte contient.

On pourrait objecter il est vrai que la loi de Ventôse ne se contente pas d'écarter le Notaire du contrat en tant que partie et qu'elle frappe de nullité toutes les dispositions arrêtées en sa faveur.

Mais cette objection ne saurait résister à l'analyse, car les dispositions en faveur du Notaire que le législateur entend proscrire doivent être entendues dans le sens de clauses se résolvant pour ce dernier en un profit réel et direct, un avantage pécuniaire, un intérêt positif. Or, le notaire qui dans un très légitime souci de sauvegarde personnelle intervient seulement pour prévenir tout recours ultérieur, ne tire de cette intervention qu'un avantage en quelque sorte négatif et ne profite pas au sens vrai du mot de l'acte qu'il rédige.

D'ailleurs, comme l'a très justement fait remarquer M. Eloy, est-ce bien en vertu de l'article 8 de la loi de Ventôse qu'en général l'intérêt du Notaire est banni de l'acte qu'il reçoit? Est-il raisonnable de lui opposer cette formule « contenant quelque

disposition en leur faveur » pour lui contester l'usage des clauses préventives, puisque aussi bien si cette disposition lui était désavantageuse, il serait néanmoins incapable de recevoir l'acte qui la contiendrait.

Il vaut mieux dire que c'est la nature même de sa fonction qui interdit au Notaire d'introduire son intérêt dans les traités auxquels il préside.

Dans quelle mesure les clauses d'exonération sont-elles valables ?

Puisqu'il n'y a pas d'empêchement légal à l'insertion des clauses préventives on doit donc en reconnaître la validité, mais avec cette réserve toutefois qu'elles ne valent que comme commencement de preuve par écrit et dans la mesure seulement où le Notaire leur fait exprimer qu'il n'a pas été le mandataire tacite des parties.

L'article 1320 nous dit : « L'acte soit authentique
« soit sous-seing privé fait foi entre les parties
« même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes
« énonciatifs pourvu que l'énonciation ait un rap-
« port direct à la disposition. Les énonciations
« étrangères à la disposition ne peuvent servir que
« de commencement de preuve. »

Or, il est bien manifeste que la clause d'exonéra-

tion reste bien étrangère à la disposition qui fait l'objet du contrat. En conséquence, il faut avouer qu'elle ne profite pas de l'autorité conférée à ce dernier par l'authentification, qu'elle souffre les contradictions basées sur de simples témoignages et qu'enfin elle peut être contestée sans qu'il soit besoin de recourir à l'inscription de faux.

D'autre part, si nous reconnaissons la légalité des clauses préventives nous n'admettons pas cependant que le Notaire puisse les utiliser comme palliatif dans toutes les circonstances de son Ministère, ni s'en servir pour esquiver en règle générale la responsabilité inhérente à sa fonction.

Il est d'abord incontestable qu'il ne saurait, grâce à elles, se mettre à l'abri des conséquences d'une fraude à laquelle il s'est associé.

De plus, il ne saurait, par ce moyen, éluder les suites d'une infraction à un véritable devoir professionnel, comme semble le croire M. Amiaud. (Traité formulaire du Notariat. p. 501) : « Les « Notaires, dit cet estimable auteur sont les « conseils légaux des parties, ils doivent les aver- « tir de l'illégalité de leurs conventions et les « éclairer sur toutes les conséquences qui en « découlent... Mais ils ne peuvent *refuser de* « *recevoir un acte que quand cet acte est illicite.* Or,

« quand malgré tout conseil les parties persistent
« à réaliser un acte annulable, qui viendra plus tard
« rendre témoignage de la conduite de l'officier
« public qui viendra attester qu'il a fidèlement
« accompli sa mission s'il ne lui est pas permis
« d'inscrire au contrat la mention explicative de
« ce qui s'est passé» .

Nous ne saurions admettre qu'un Notaire puisse au moyen d'une clause préventive échapper aux conséquences d'une illégalité qu'il aperçevait et qu'il a néanmoins laissé introduire dans son acte.

Institué pour recevoir des *contrats* il a toujours le droit, quoiqu'on en dise, de refuser des conventions nulles pour la bonne raison que juridiquement parlant ce ne sont pas là des contrats.

Que si les parties persistent à vouloir réaliser de telles transactions elles recourent à la forme sous-seing privé dans les cas où elle est admise. Mais si le Notaire obéit à leur injonction et revêt leurs engagements de la forme authentique, il le fait librement, en toute connaissance de cause, et ne saurait se soustraire aux inconvénients que ce procédé peut engendrer.

Pour nous, le seul rôle des clauses préventives et leur seul domaine consiste à anéantir les diverses présomptions (élection de domicile en

l'étude, paiement à la vue des Notaires, etc.) à l'aide desquelles la jurisprudence, ainsi que nous le verrons plus tard, considère le Notaire comme mandataire tacite des parties et étend ses devoirs au-delà des limites professionnelles.

Section III

Responsabilité du Notaire mandataire ou Negotiorum gestor.

Le Notaire peut se trouver, vis-à-vis, de ses clients, dans quatre situations bien distinctes :

Ou bien il s'est borné à leur donner un conseil de fait et de ce chef, ne peut-être nullement inquiété, si d'ailleurs il a donné ce conseil de bonne foi ;

Ou il n'a agi que comme officier public, rédacteur de conventions, et à ce titre, s'est trouvé tenu d'assurer à ces conventions l'authenticité par le respect des règles de forme et la légalité par le respect des règles du droit ;

Ou il a assumé un véritable mandat, vis-à-vis de ses clients ;

Ou bien enfin il s'est constitué, lui-même, leur *Negotiorum gestor*.

Nous ne retiendrons, ici, que ces deux dernières hypothèses : les deux autres ayant fait l'objet de l'étude qui précède.

CHAPITRE PREMIER

Le Notaire peut être mandataire ou gérant d'affaires de son client.

Aucune incompatibilité ne s'y oppose.

On désigne sous le nom de mandat, le contrat par lequel une personne confère à une autre qui l'accepte le pouvoir de la représenter pour l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques.

Il est certain, que si nous arrivons à démontrer la légalité du mandat conventionnel conféré au Notaire, nous aurons du même coup, prouvé que ce dernier peut-être gérant d'affaires, car la *Negotiorum gestio*, n'est pour ainsi dire qu'un mandat anticipé, un mandat avant la lettre.

Comme l'a très justement fait remarquer M. Paul Pont (Petits Contrats 1.854) : « il n'existe aucune

« incompatibilité au point de vue de l'article 7 de
« la loi de Ventôse entre les agissements du
« Notaire comme mandataire conventionnel et les
« fonctions publiques dont il est investi. On peut
« même dire, qu'en bien des circonstances, notam-
« ment pour les placements de fonds, les trans-
« actions à conclure, les inscriptions hypothé-
« caires à prendre, les mainlevées et radiations à
« requérir, etc... le Notaire est naturellement
« indiqué par sa situation, même au choix de celui
« qui ne voulant ou ne pouvant pas agir par lui-
« même est conduit à faire agir pour lui en son
« nom ».

Quant à l'article 8 de la loi de Ventôse, excluant l'intérêt personnel du Notaire des actes qu'il reçoit, on ne saurait l'invoquer ici, car le Notaire chargé de faire un placement de capitaux ne devient pas, par cela même, partie intéressée dans les actes qu'il reçoit pour opérer ce placement. C'est toujours au nom de propriétaire des fonds qu'il agit et doit agir, l'opération ne lui est pas personnelle.

La seule objection vraiment sérieuse qu'on puisse élever contre la légalité du mandat conventionnel conféré implicitement par la partie au Notaire, résulte selon nous de l'article 12-6 de l'ordonnance du 4 janvier 1843 : Nous nous heurtons là à un texte : « Il est interdit aux Notaires... de se cons-

« tituer garants ou cautions à quelque titre que
« ce soit des prêts qui auraient été faits par leur
« intermédiaire, ou qu'ils auraient été chargés de
« constater par acte public ou privé. » Ce serait
tenter vainement d'éluder cette objection que
d'opposer qu'au sens précis du terme, le Notaire
ne se constitue pas caution du prêt, par cela seul
qu'il assume le rôle de mandataire. En dépit de
l'article 2015 du Code Civil qui ne reconnaît que
le cautionnement *exprès*, nous verrons qu'il est
des cas où cet engagement est tacite et c'est à ces
hypothèses que la loi de 1843 a voulu faire allu-
sion, en disant qu'il était interdit au Notaire de
se rendre caution à *quelque titre que ce soit*.

Donc, le veto posé dans l'ordonnance de 1843,
est bien clair.

Cependant tous les jours, les tribunaux mécon-
naissent cette disposition et proclament la léga-
lité du mandat avec cautionnement tacite assumé
par le Notaire. Cette contradiction provient de
ce que l'ordonnance de 1843, n'est qu'un spéci-
men de ces lois débiles et inertes que les anciens
appelaient : *leges Minus quam perfectæ*. Elle frappe
bien d'une peine disciplinaire le Notaire qui
contrevient à ses prohibitions, mais d'autre

part elle respecte absolument la valeur juridique des engagements qu'il contracte, malgré sa défense (1).

(1) *La Revue du Notariat*, 29-331 prétend même que la jurisprudence a refusé de reconnaître la légalité de la disposition de l'ordonnance de 1843.

CHAPITRE II

Effets du mandat ou de la gestion d'affaires sur la responsabilité du Notaire.

Le Notaire qui n'assume à l'égard de son client, aucun engagement contractuel ne doit renseigner le créancier sur la situation hypothécaire et la valeur du gage, qu'autant qu'il peut le faire, en vertu des *documents déposés entre ses mains*. D'autre part, il est absolument déchargé des formalités complémentaires de l'acte.

Un arrêt de la Cour d'Alger du 1^{er} septembre 1854, confirmé par la Cour de Cassation, le 21 mars 1855, donne bien la mesure de la sollicitude imposée au Notaire, en dehors de l'hypothèse d'un mandat. Un Notaire avait reçu un acte constitutif d'hypothèque sur un immeuble qui avait cessé d'appartenir au débiteur. Il fut déclaré respon-

sable par la Cour, pour n'avoir pas avisé le créancier de ce que peu de temps auparavant il avait reçu une procuration à l'effet de vendre cet immeuble, qu'on proposait ensuite comme garantie.

A notre avis, le Notaire, simple rédacteur de l'acte d'emprunt, n'est même pas tenu de faire au Bureau des hypothèques, la recherche préalable qu'il effectue ordinairement. Sans doute, il est de son devoir de la conseiller au client, en lui en faisant comprendre l'urgence absolue, mais ne voyons pas pourquoi, il devrait personnellement se livrer à cette enquête, alors que son client peut l'accomplir lui-même, les registres hypothécaires étant ouverts au public.

Pour délimiter exactement le champ des soins imposés au Notaire officier public, d'avec ceux qui lui incombent comme mandataire, on devrait dans chaque espèce examiner préalablement la question suivante : Le créancier, pouvait-il, lui-même procéder à l'enquête, accomplir la formalité d'où s'élève la responsabilité qu'on prétend établir ? Si oui, à moins de démontrer d'une façon plausible, qu'il avait chargé de ce soin le Notaire, ce dernier n'est pas tenu, car il faut bien le reconnaître une fois pour toutes, cet officier public *complète* son client, mais ne le *supplée* pas. Tous

deux ont pris part, c'est certain, à la réalisation de l'affaire, mais avec des rôles absolument différents; leurs activités respectives n'ont rien de commun et se cantonnent dans des limites bien distinctes. Quand les parties ont accompli tout ce que personnellement elles pouvaient faire en leurs qualités d'être intelligents et soucieux de leurs intérêts, comme recherche de renseignements, appréciation du gage, etc.; alors seulement, intervient le Notaire qui s'acquitte de la tâche légale qui, dans cette collaboration, n'est accessible qu'à lui seul : il fournit les éclaircissements de droit, authentique l'obligation et enfin la grossoie.

Si au contraire, excédant ses attributions purement fonctionnelles, le Notaire accepte de son client un mandat *général*, c'est-à-dire englobant toutes les phases de l'affaire et toutes les opérations accessoires qu'elle comporte, où même *spécial*, c'est-à-dire s'appliquant restrictivement à des opérations déterminées, comme un renouvellement d'inscription, sa responsabilité se trouve régie par les principes du mandat ou de la gestion d'affaires.

La doctrine a quelquefois prétendu que le seul fait pour l'officier public de recevoir des honoraires le constituait mandataire salarié. La jurisprudence a avec raison protesté contre cette manière de voir. En effet, si les parties concluent directe-

ment un prêt entre elles et négligent l'entremise officieuse du Notaire, ce dernier n'en percevra pas moins les honoraires qui lui sont alloués par le tarif, sans qu'en fait, il ait entrepris aucune négociation ni assumé aucun mandat.

La solution toutefois serait tout autre, si le Notaire avait exigé des *honoraires supplémentaires* qu'on pourrait considérer comme une compensation des risques inhérents à l'exécution d'un mandat. Nul doute alors qu'il ne soit salarié, mais ce cas sera fort rare dans la pratique.

Admettons cependant que le fait de percevoir les honoraires prévus par le tarif soit suffisant pour que le Notaire soit considéré comme mandataire salarié. Il ne pourra jamais dans tous les cas avoir cette qualité que vis-à-vis du débiteur; car le créancier ne paie pas les frais d'acte qui restent à la charge exclusive de l'emprunteur. Or, en matière de prêts hypothécaires la responsabilité du Notaire n'est guère engagée que vis-à-vis du créancier, et à part des cas extrêmement rares où ce dernier aurait lui aussi versé une allocation supplémentaire, le Notaire ne pourra être considéré comme ayant assumé à l'égard de qui que ce soit un mandat salarié.

Si, d'une façon générale, le Notaire a accepté un mandat ou entrepris une gestion d'affaires, il est

tenu des obligations mises à la charge du mandataire et du gérant d'affaires par le Code civil : il doit en vertu de l'article 1993 rendre compte de sa gestion, et tenir état au représenté de tout ce qu'il a reçu par l'effet de cette gestion quand bien même ce qu'il aurait reçu n'aurait pas été dû à ce dernier.

En retour, l'article 1999 lui confère le droit de réclamer au représenté le remboursement de ses impenses.

Toutefois, en ce qui concerne la délivrance des fonds provenant au Notaire du fait de l'exécution du mandat, nous verrons qu'il est soumis par des lois et décrets à un régime spécial et extraordinaire du droit commun.

CHAPITRE III

Distinction du mandat et de la gestion d'affaires.

Autant la situation du Notaire mandataire se conçoit aisément, autant celle du Notaire gérant d'affaires est exceptionnelle et difficilement réalisable. On s'en rend bien compte quand on examine la nature et ces conditions de ce quasi-contrat qu'on appelle la *Negotiorum gestio*. Celle-ci suppose une immixtion spontanée dans les affaires d'un tiers et à son insu.

A la vérité l'article 1372 C. C. suppose bien que celui dont on gère les intérêts peut avoir connaissance de cette ingérence dans ses affaires, mais cette situation ne se réalisera que dans les cas où le géré feindra d'ignorer l'administration du tiers gérant parce qu'il se sent incapable de la diriger lui-même

Néanmoins, les circonstances où les tribunaux ont cru découvrir l'existence d'une *Negotiorum gestio* sont multiples et il est en conséquence intéressant de comparer ce quasi-contrat au mandat.

**I. — Différences au point de vue des obligations
des contractants.**

Pour apprécier sainement l'étendue des obligations incombant à un contractant il est à tout le moins nécessaire de déterminer d'une façon précise et sans ambiguïté la nature du contrat qui le lie. Il est regrettable que les tribunaux appelés à statuer sur la responsabilité du Notaire aient négligé si souvent un principe aussi élémentaire et n'aient pas toujours aperçu les nuances juridiques très sensibles qui différencient l'action *mandati* de l'action *Negotiorum gestio*. (Ex : Bordeaux 20 Juin 1853, Cass. 22 avril 1856).

1. — Le Notaire qui a agi en vertu d'un mandat exprès ou tacite a le droit, s'il n'a pas excédé ses pouvoirs, de se faire indemniser de toutes les dépenses qu'il a faites, n'en fût-il résulté aucun profit pour le mandant (art. 1999).

Au contraire, s'il n'a agi que comme gérant d'affaires il ne peut se faire rembourser que ses dépenses utiles.

2. — Survenant le décès du mandant, le Notaire n'est tenu de poursuivre l'affaire qu'en cas d'urgence, (art. 1991 C. C.).

En cas de *Negotiorum gestio* il devra après la mort du maître continuer sa gestion jusqu'à ce que les héritiers aient pu prendre personnellement la direction de l'affaire (art. 1373 C. C.).

On comprend que les devoirs du gérant d'affaires soient plus rigoureux que ceux du mandataire puisque c'est spontanément qu'il s'est chargé de sa mission. Toutefois cette différence dans l'étendue des obligations naissant de ces deux situations ne provient pas comme on l'a prétendu de cette idée que le gérant d'affaires en s'immisçant d'office dans les intérêts du géré, s'est cru suffisamment capable pour les bien administrer. Un tel raisonnement pourrait aussi bien viser le mandataire qui étant libre de refuser le mandat l'a accepté sans doute parce qu'il se croyait digne d'y faire face.

Ce qui explique cette inégalité entre les devoirs inhérents au mandat et ceux grevant la *Negotiorum gestio*, c'est que le *Negotiorum gestor* en accaparant l'administration d'une affaire en a peut-être écarté une personne plus compétente ou plus dévouée, tandis que le mandataire n'a fait que déférer à la prière du mandant et n'a pas à ré-

pondre de l'erreur de ce dernier sur son zèle ou son intelligence.

Lorsque les deux contrats et représentation dont nous parlons sont conclus par un Notaire ils sont soumis à un mode d'extinction particulier: nous voulons parler de *la retraite*, de la démission de cet officier public. Que deviendra, dans ce cas, l'affaire qu'il avait entreprise? Continuera-t-elle, qu'il le veuille ou non, d'être soumise à ses soins ou au contraire passera-t-elle d'office entre les mains du cessionnaire de l'étude?

Puisque le Notaire agissait dans ces hypothèses non pas comme fonctionnaire public mais comme simple particulier et en dehors de tout mandat légal, on ne voit pas bien en quoi la cessation de son Ministère officiel peut influencer sur une mission qu'il a assumée au-delà de ce Ministère même. Il semble par conséquent qu'il devra poursuivre son office de mandataire ou de gérant d'affaires jusqu'à la reddition des comptes sans pouvoir exciper de sa retraite dans la vie privée pour abandonner l'œuvre commencée.

Toutefois, au moins en matière de mandat, l'opinion publique et la jurisprudence ne ratifient pas cette manière de voir, et il est admis que lorsqu'il se démet de sa fonction, le Notaire se décharge aussi sur son successeur du soin de mener à

bonne fin les opérations qu'il avait entreprises pour le compte de ses clients. Au point de vue purement pratique cette opinion ne manque pas de justesse : en effet ce qui suggérait aux clients la confiance dont ils honoraient le Notaire cédant c'était le caractère particulier de moralité et de capacité inhérent, non pas à sa personne mais à la *fonction* même, dont il était investi et qu'il transmet à son successeur.

Mais en matière de *Negotiorum gestio* ce raisonnement ne paraît plus pouvoir être pris en considération et nous ne croyons pas qu'après avoir de lui-même pris en main les intérêts d'un particulier à l'insu de ce dernier le Notaire puisse avec la même désinvolture faire passer ses engagements sur la tête de son successeur sans être responsable au moins subsidiairement.

3. — Le mandataire est incontestablement responsable de son *inaction* s'il en résulte un préjudice pour le mandant.

Une fois la gestion d'affaires établie, ne peut-on pas aussi reprocher au gérant ses *omissions*, ses *négligences*. M. Dalloz (Report 17356) soutient l'opinion contraire. Nous ne saurions nous rallier à sa théorie qui va à l'encontre de la loi même. Mais avant de répudier le sentiment

d'un juriste aussi considérable il convient de bien peser les termes par lesquels il l'exprime :

« Le Notaire ne peut encourir la responsabilité « pour une faute commise comme *Negotiorum gestor* quand la faute qu'on lui impute consiste « non dans un fait mais dans une omission de faire « ou dans une négligence. »

Si l'on entend par là que la *Negotiorum gestio* n'existe pas sans des faits qui la fondent, en marquent le commencement en révélant l'intention du gérant de s'occuper des affaires d'autrui, on ne peut qu'adhérer à cette opinion. Mais une telle affirmation était inutile et il serait puéril de la formuler. C'est de ses défaillances, des négligences commises *au cours de la gestion* que le Notaire est dégagé, au dire de M. Dalloz.

Il n'en saurait être ainsi, car le gérant est tenu de ses fautes, et le mot faute comprend à la fois les *faits positifs* et les *omissions*.

Lors donc qu'un Notaire s'est ingéré dans les affaires d'autrui en s'occupant du placement des fonds laissés entre ses mains il n'est pas libre à lui de cesser tout à coup ses soins après la réalisation de l'opération en s'abstenant des mesures complémentaires, car il est implicitement chargé non seulement de l'affaire en elle-même mais encore de toutes ses dépendances (C. C. 1372 et 1373).

**II. — Différences au point de vue de la Preuve
et de l'admissibilité des présomptions.**

La gestion quasi-contrat se dégage des faits. Le mandat contrat véritable naît de la conjonction de deux volontés. L'une a pris naissance par la seule volonté du gérant, l'autre est le fait d'une sollicitation et d'une acceptation réciproques entre le mandant et le mandataire.

Tel est le principe qui explique les différences existant au point de vue de la preuve entre ces deux contrats.

1^o *Raisons doctrinales.* — Le plaignant entend-il démontrer que le Notaire a agi comme gérant d'affaires, c'est-à-dire sans avoir été commis par lui? Il peut s'appuyer exclusivement sur des présomptions, recourir à la preuve testimoniale sans avoir besoin d'y ajouter aucun commencement de preuve par écrit, et cela quelle que soit l'importance de l'objet du procès (art. 1348 C. C.).

La preuve du quasi-contrat de gestion d'affaires peut s'induire des circonstances, par exemple de ce fait qu'un prêteur étranger au pays et ne connaissant nullement l'emprunteur s'en est rapporté au Notaire, quant à la solidité du placement. (Metz, 19 décembre 1855). Il est naturel qu'on se montre

ici plus large au point de vue de l'admissibilité de la preuve, puisque le Maître n'ayant pas ordonné les démarches et les agissements du Notaire n'a pu se ménager une preuve écrite.

Au contraire, le mandat exprès ou tacite est un contrat véritable qui reste soumis au régime probatoire commun établi dans les articles 1341-1343-1353 C. C. et rappelé au titre du mandat C. C. 1985.

S'il a été conféré au Notaire par acte public ou privé, pas de difficulté : l'objet et l'étendue du mandat sont indiqués au titre même. S'il a été donné verbalement la preuve testimoniale ne sera admise qu'au dessous de 150 francs, ou exceptionnellement au dessus de 150 francs quand elle sera corroborée par un commencement de preuve par écrit. Les présomptions fussent-elles graves, précises, concordantes, sont par elles-mêmes insuffisantes pour établir l'existence du Mandat.

En effet, d'après l'article 1353 C. C. ces présomptions ne sont admises que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale. Or, elle ne la permet en matière de mandat que dans les cas où le droit commun lui-même l'autorise au titre des contrats ou obligations conventionnelles en général. Par conséquent, toutes les fois que l'intérêt en jeu excédera 150 francs les présomptions de fait ne seront prises en considération que lorsqu'un commence-

ment de preuve par écrit émanant du Notaire lui-même rendra déjà vraisemblable la prétention de la partie à le proclamer mandataire.

Mais, précisément la grosse difficulté va consister dans cette hypothèse à se procurer cette preuve par écrit tombée de la main même du Notaire.

On ne peut reconnaître le caractère de *commencement de preuve par écrit* au bordereau d'inscriptions que ce dernier rédige, ni l'aveu par lui fait que depuis le prêt il a demandé au conservateur un état des inscriptions (Cass. 30 juin 1852). Mais si dans l'acte de prêt qu'il rédige il insère une clause obligeant l'emprunteur à payer entre ses mains le coût des formalités de transcription, des certificats de transcription et d'inscription, il est présumé par cela même s'être obligé à prendre les précautions nécessaires à la sécurité du prêteur. Cependant, pourrait-on dire, l'acte est censé être l'œuvre des parties qui le signent, et on ne voit pas qu'une de ses clauses puisse être abstraite de l'ensemble pour servir de commencement de preuve écrite émanant personnellement du Notaire. Il n'y a pourtant aucun empêchement juridique à ce mode de procéder : d'abord, si l'acte est signé des parties, il l'est aussi du Notaire lui-même, d'autre part, la jurisprudence fait souvent dans les actes reçus par le Notaire un tri entre les déclai-

rations personnelles aux parties et celles (comme les clauses préventives entre autres) personnelles à l'officier rédacteur.

2° *Raisons pratiques.* — Si la doctrine avait permis aux parties de se dispenser des moyens ordinaires de preuves pour établir le mandat à l'égard du Notaire, des raisons pratiques très importantes et judicieusement signalées par M. Paul Pont (Revue critique, an 1855. VII. p. 40) auraient forcé néanmoins les tribunaux à ne pas s'en écarter : « Que
« deviendrait le Notaire s'il suffisait de simples pré-
« somptions pour le déclarer mandataire, si dans ses
« moindres faits, dans ses propos les moins réfléchis
« dans ses témoignages d'obligeance les plus désin-
« téressés et les plus insignifiants on pouvait tout à
« coup faire disparaître la preuve d'un mandat. Les
« rapports entre le Notaire et le client particuliè-
« rement à la campagne dit Paul Pont sont plus
« fréquents qu'on ne saurait le penser. Ils le sont
« d'autant plus que ces rapports tant qu'ils ne se
« résolvent pas en actes du Ministère ne donnent
« lieu à aucun honoraire. Aussi le Notaire, et par-
« ticulièrement le Notaire rural est-il assailli. Il
« est certain qu'il n'y a pas d'affaires à traiter, si
« minime qu'elle soit, pour laquelle l'intéressé se
« fasse défaut d'aller à l'étude solliciter un avis.
« Supposez maintenant qu'il s'uffise pour établir

« le mandat d'en alléguer l'existence et voyez quel
« danger sort pour le Notaire d'une position qu'il
« ne crée pas et qu'il doit subir. L'obligation de
« preuve sera donc la sauvegarde du Notaire. En
« droit, il est fondé à y prétendre, en fait les condi-
« tions même de ses positions exigent que cette
« garantie lui soit donnée. »

3^o *Raisons tirées de la jurisprudence.*— La cour de Cassation a souvent appliqué et formulé en termes bien précis les vrais principes qui régissent la matière : à savoir que le mandat n'est prouvé contre le Notaire que d'après les règles de droit commun (Cass. 30 juin 1852; 7 décembre 1868; 2 août 1875; 2 novembre 1875 et 22 novembre 1876).

L'arrêt du 29 décembre 1875 s'explique d'une façon bien nette à ce sujet : « Vu les articles 1985
« et 1341 C. C. attendu que d'après la combinaison
« de ces articles la preuve du mandat civil ne peut
« être faite par témoins, à l'aide de présomptions
« qu'autant qu'il s'agit entre les parties d'une
« somme n'excédant pas 150 francs ou qu'il existe
« un commencement de preuve par écrit sauf
« l'effet ordinaire de l'aveu judiciaire ou du ser-
« ment. Attendu qu'aucune exception à cette
« règle n'est admise par la loi en faveur du man-
« dat tacite, que les faits dont on prétend déduire

« l'existence d'un mandat tacitement conféré doit
 « vent donc être établis légalement devant le juge
 « avant que celui-ci apprécie les conséquences
 « qu'il convient d'en tirer... »

Preuve du Mandat tacite à l'égard des tiers.

Jusqu'à présent, nous n'avons considéré que les rapports du Notaire avec le client qui l'a commis, avec le mandant, voyons maintenant comment se règle la question de la preuve quand c'est un tiers intéressé qui s'efforce de démontrer l'existence du mandat.

M. Troplong enseigne que les tiers pourront prouver l'existence du Mandat par la preuve testimoniale. Admettre le contraire, ce serait, dit cet auteur, nuire au mouvement des affaires en contraignant le tiers à exiger dans toute circonstance la représentation d'un mandat écrit.

Cette opinion a justement été combattue et l'on doit admettre que les tiers sont astreints à faire la preuve du mandat comme le mandant lui-même (Aubry et Rau, p. 658 Pont, 1.876) ce texte est absolu et n'établit en faveur des tiers aucune dérogation aux principes.

Mais lorsqu'il s'agira de gestion d'affaires, le tiers pourra en faire la preuve par témoins ou au moyen de présomptions sans être obligé de recourir à un commencement de preuve par écrit.

CHAPITRE IV

Preuve de l'acceptation du mandat par le Notaire.

Aucune des difficultés relatives à la preuve de l'existence du mandat ne se représente quand il s'agit de reconnaître son acceptation par le Notaire.

L'acceptation tacite du mandat se révèle par les faits, elle s'induit des circonstances qu'il appartient aux tribunaux de juger. Cependant il est bon de faire une réserve dans le choix des circonstances qu'il convient de retenir pour en faire découler l'acceptation du mandat. M. Paul Pont (Petits contrats, 877) signale qu'on ne doit retenir que les circonstances vraiment corrélatives entre elles c'est-à-dire reliées entre elles par quelque élément commun, se corroborant réciproquement.

Eclaircissons à la lumière des faits cette impor-

tante remarque : Si pour le compte du même client le Notaire requiert aujourd'hui l'inscription complémentaire d'un prêt hypothécaire et demain effectue par exemple la transcription d'un contrat de vente, il a accompli deux faits différents s'appliquant à des actes absolument hétérogènes, à deux opérations isolées et sans corrélation entre elles. Il serait déraisonnable de rapprocher ces deux circonstances pour en induire que le Notaire a accepté un mandat tacite dans l'un ou l'autre de ces deux cas. La jurisprudence malheureusement a une tendance regrettable à grouper une foule de circonstances absolument éparses et indépendantes l'une de l'autre dans les rapports du Notaire avec ses clients pour en induire l'acceptation d'un mandat tacite dans telle ou telle opération déterminée.

Le Notaire peut-il être réputé avoir accepté tacitement le mandat quoique n'en ayant même pas commencé l'exécution ?

On a soutenu cette opinion, Pothier, lui-même, croyait que le seul fait de recevoir et de conserver l'écrit qui vous constitue mandataire, sans témoigner d'aucune façon qu'on entend ne pas en profiter, emporte acceptation tacite. A la vérité, il reconnaissait des nuances entre les divers cas où avait pu se produire cette réception silencieuse de

l'écrit. Si la chose s'était passée entre présents, il n'admettait pas qu'on put douter qu'elle impliquât véritable acceptation. Si, au contraire, la chose s'était passée entre absents, il reconnaissait qu'elle était beaucoup plus difficile à apprécier. Toutefois, sic'était par exemple à un « procureur » (et entendons par là tout officier public analogue comme le Notaire) que l'envoi avait été fait et était resté sans réponse, il n'hésitait pas à affirmer que le mandat était par le fait de ce silence, bel et bien accepté.

Somme toute, ce sont là des chicanes d'école, et la pratique présente généralement assez de détails de fait, pour qu'il soit possible d'apprécier, si oui ou non, le mandat qu'on invoque a été accepté. Néanmoins, il convient de s'appesantir sur cette question, à cause de la tendance des tribunaux à apercevoir partout l'acceptation du mandat, en dehors justement de tout détail de fait, de tout élément positif. D'abord, peut-on dire que, l'acceptation tacite peut exister autrement que par un commencement d'exécution ? Nous ne le croyons, les termes du Code Civil nous semblent très précis sur ce point : « L'acceptation du mandat « peut n'être que tacite et résulter de l'exécution « qui lui a été donnée par le mandataire. » Cette formule signifie que le commencement d'exécution est à l'exclusion de tout autre, le seul mode

d'acceptation tacite. Donc, même entre présents, le silence du Notaire ne saurait, malgré la théorie de Pothier, être interprété contre lui dans le sens d'une acception du mandat qu'on lui confie. Tout contrat est le fruit de deux volontés qui se joignent et concordent : or, une volonté qui ne se manifeste ni dans un sens, ni dans l'autre, n'existe pas pratiquement parlant, et devant cette indécision, il faut reconnaître l'indépendance absolue des parties, l'une à l'égard de l'autre, du Notaire à l'égard de son client.

CHAPITRE V

Validité du mandat tacite.

Les hypothèses sont extrêmement rares où le Notaire assume à l'égard de ses clients le rôle de Mandataire en vertu de pouvoirs écrits. Il est généralement commis par eux, d'une façon tacite. Or, on a prétendu que dans ce cas, sa responsabilité contractuelle ne saurait être mise en jeu pour la bonne raison que le contrat n'a pu naître le mandat tacite n'ayant aucune existence légale. A cet égard, de grandes controverses ont divisé la doctrine.

Selon certains auteurs (Toullier, Proudhon, Duranton, etc.), le mandat n'est valable qu'à la condition d'être exprès. L'article 1985, en disant que le mandat peut être donné par écrit ou verbalement, exclue toute manifestation tacite de

volonté; d'autre part, en déclarant formellement que son acceptation pourra être tacite, il semble dire qu'il n'en saurait être de même pour sa concession. Enfin, en reconnaissant le quasi-contrat de gestion d'affaires, le Code Napoléon a, pour ainsi dire, aboli le mandat tacite, car ce dernier ne saurait être autre chose, qu'un véritable *Negotiorum gestio*.

Mais on répond à cette argumentation que le mot verbalement de l'art. 1985 C. C., ne doit pas être pris au pied de la lettre et signifie simplement, sans écrit, qu'en conséquence il admet très bien la concession tacite du mandat.

D'autre part, le mandat est un contrat consensuel. Or, il est de l'essence de cette classe de contrats, de pouvoir se former par la simple jonction de deux consentements, abstraction faite de tout élément formel.

Enfin, comme l'a justement fait remarquer M. Troplong, le Code Napoléon n'a pas aboli le mandat tacite, car si l'article 1372, considère comme un quasi-contrat la gestion faite à la connaissance du propriétaire, il entend parler de l'hypothèse où le propriétaire n'a été instruit de l'immixtion d'un étranger dans ses affaires qu'après le commencement de la gestion et nous nous trouvons bien en

présence d'un contrat, quand le propriétaire a connaissance de la gestion, dès le début et l'a ratifiée par un silence approbateur (dans ce sens, Cass. 5 janv. 1863, 15 déc. 1874).

CHAPITRE VI

Présomptions invoquées en justice pour établir l'existence du mandat ou de la gestion d'affaires.

Nous avons vu, plus haut, qu'on ne peut recourir aux présomptions pour établir l'existence d'un mandat tacite que lorsque l'intérêt en litige est inférieur à 150 francs ou lorsque ce mode de preuve vient confirmer un commencement de preuve écrite, que par contre, elles sont admises sans réserves pour arriver à démontrer l'existence du quasi-contrat de gestion d'affaires, et qu'enfin, on ne doit considérer comme concourant à la révélation de l'acceptation tacite du mandat que des faits corrélatifs entre eux.

Qualité des présomptions admissibles. — Le législateur se défiant de la sagacité des juges, s'est efforcé d'esquisser, à grands traits, la physionomie des présomptions sérieuses et dignes d'être invoqués : elles doivent être *graves, précises, concordantes*, nous dit l'article 1353.

Toutefois, on conçoit bien que ce criterium assez élastique, imaginé pour régler l'admission des présomptions, n'a que la valeur d'une recommandation légale, et ne saurait lier les tribunaux qui restent seuls juges d'apprécier la valeur des présomptions invoquées comme l'autorité des témoignages qu'on leur apporte. Aussi les juges ont-ils beau jeu pour s'armer contre les Notaires, d'une foule de circonstances où ces derniers ont paru rendre des services extra-professionnels pour les rendre responsables comme mandataires ou gérants d'affaires.

I. Présomption invoquée relativement à la concession du mandat.

1) Rapports habituels du Notaire avec son client.

Nous nous trouvons là en présence d'un des grands arguments dont la justice fait flèche pour

frapper le Notaire dans mainte circonstance. Il n'a à nos yeux aucune valeur.

D'abord comme le faisait remarquer Paul Pont dont nous avons ci-dessus *rappelé* l'opinion, on ne saurait admettre cette présomption sans mettre dans une situation bien périlleuse le Notaire des campagnes constamment assailli par ses clients et les moins considérables, appelé à donner son avis sur les moindres incidents de leur vie juridique avec d'autant plus de sans-gêne que ses éclaircissements sont gratuits tant qu'ils ne se résolvent pas en actes de son Ministère.

D'autre part, pourquoi prendre ici en si grande considération ce phénomène tout psychologique qu'on appelle *l'habitude*. Si en philosophie on lui reconnaît la vertu de créer en nous une seconde nature, aux yeux du juriste il doit être tenu pour quantité négligeable et ne saurait conférer aucun droit ni imposer aucune obligation particulière.

D'autant mieux que si dans beaucoup de petites localités les habitants ont pris l'habitude de s'adresser constamment au même Notaire, c'est pour cette bonne raison qu'ils n'en trouvent pas d'autre dans leur voisinage immédiat et qu'il faudrait peut-être se déplacer pour recourir à l'un de ses confrères.

En outre, de ce qu'un particulier a habituellement recours à un notaire plutôt qu'à un autre lorsqu'il a un acte de vente ou de prêt à faire authentifier, il ne s'en suit nullement qu'il doit aussi vouloir l'employer comme négociateur d'affaires et intermédiaire de ses placements. Il y a là deux ordres d'idées absolument hétérogènes et on ne saurait sans abus conclure de l'un à l'autre. Si l'on vient objecter que néanmoins cette habitude contractée par un particulier de recourir exclusivement à tel Notaire pour la passation de tous ses contrats alors surtout qu'il en existe d'autres dans la localité suppose qu'il a conçu pour lui une estime particulière et l'honneur d'une confiance extraordinaire, nous répondrons que si en droit criminel la confiance d'un homme met celui qui en *abuse* dans une situation particulièrement grave, ce sentiment en droit civil ne crée aucune situation spéciale entre ceux qu'il unit. La fidélité du client à son Notaire et le degré de confiance qu'il lui accorde sont même si peu de niveau que bien souvent les clients les plus constants sont aussi les plus soupçonneux.

Si l'on tient absolument à produire le fait de l'habitude comme élément d'appréciation dans l'étude de la responsabilité notariale, il nous semble qu'il conviendrait plutôt de l'examiner *dans*

la *personne du Notaire* lui-même et de rechercher si ce dernier se livre *habituellement* au genre de négociation qu'on lui impute soit parce que les usages du Notariat local lui imposent cette façon d'agir, soit parce qu'il obéit à une tendance personnelle. Cette façon de concevoir les choses cadrerait au moins avec l'esprit du législateur qui par exemple avant de déterminer les devoirs d'un individu commerçant (comme l'agent d'affaires,) veut d'abord qu'il soit établi que cet individu a bien la qualité de commerçant qu'on lui attribue parcequ'il se livre *habituellement* à des actes de commerce.

V. cependant, Rennes, 9 juillet 1834. Paris, 13 juin 1854, Cass. 14 juin 1855 et 18 août 1870, Bordeaux, 17 juillet 1877.

2) Ignorance des parties, leur inexpérience des affaires.

Nous refusons de reconnaître là une présomption en faveur de l'existence d'un mandat conféré au Notaire.

Comme nous croyons l'avoir démontré plus haut ce dernier n'est pas tenu d'apprécier les

qualités subjectives de ses clients et d'ailleurs ceux-ci peuvent être des ignorants et apporter néanmoins dans les affaires une clairvoyance très satisfaisante. En outre, il est inadmissible qu'on puisse encore prendre en considération l'ignorance du client après qu'il a pris contact avec le Notaire, ou qu'on puisse parler à propos d'actes notariés de *signatures inconscientes* car le devoir du Notaire a été précisément de faire cesser cet état d'ignorance par des explications suffisantes et de mettre les parties à même de contracter en gens éclairés et conscients de leurs engagements.

3) Prière adressée par le capitaliste qui reste détenteur de ses capitaux de l'aboucher avec un solliciteur de fonds.

Un client demande au Notaire de lui procurer un placement. Ce dernier lui indique un emprunteur avec lequel il le met *directement* en rapport, et lorsque les parties se sont entendues se contente de rédiger l'acte.

Nous ne saurions tomber ici d'accord avec la jurisprudence qui en présence de cette hypothèse n'hésite pas à y apercevoir un mandat.

Il y a eu, si l'on veut, conseil de fait téméraire,

regrettable même parfois, mais conseil donné sans mauvaise foi et par conséquent incapable à lui seul d'engager le Notaire. Mettre en rapports directs deux personnes n'est-ce pas manifestement la situation inverse de celle du mandat où le mandataire supplée son commettant, parle et agit en son nom et revêt en quelque sorte sa personnalité.

4) Dépôt de fonds en l'étude.

Si, d'après les circonstances de la cause il implique chez le déposant la volonté de charger le Notaire d'en faire tel usage déterminé, on doit le considérer comme une présomption en faveur de l'existence du mandat. Mais il ne saurait avoir la même signification s'il a été effectué non pas sans motif, ce qui serait déraisonnable, mais sans destination particulière.

II. — *Présomptions relatives à l'entreprise de la gestion d'affaires ou à l'acceptation du mandat.*

Comme nous l'avons dit plus haut, ces deux situations sont soumises au même régime probatoire.

**1) Faits d'exécution relatifs à l'accomplissement
des formalités à accomplir.**

Le Notaire qui, avec ou sans mandat, s'est chargé de l'accomplissement d'une inscription hypothécaire est-il responsable de sa validité? On ne saurait le nier. Il a agi librement, et en se substituant au créancier dans l'accomplissement de cette formalité, il s'est implicitement engagé à l'exécuter d'une façon valable et régulière.

Mais de ce qu'un Notaire a requis l'inscription originaire s'ensuit-il qu'il a contracté l'engagement tacite de procéder à son renouvellement décennal? Une jurisprudence presque constante opte pour l'affirmative. (Montpellier, 30 juin 1855, Cour de Cassation, 19 mars 1856). Cependant cette déduction nous semble quelque peu hasardée, car enfin, elle met à la charge du Notaire une *Negotiorum gestio*, dont il ne pourra se dégager juspu'à la consommation de l'affaire, c'est-à-dire jusqu'au remboursement du capital. Or, si nous mettons ici, par hypothèse, au lieu et place du Notaire, un simple particulier qui, officieusement, aurait requis la première inscription dans l'intérêt d'un ami, nous ne pourrions décemment l'enchaîner pendant 20 ou 30 ans à la tâche périlleuse du renouvellement de l'inscription. Or, il ne faut pas l'oublier, il ne con-

vient pas de se montrer plus exigeant à l'égard du Notaire qui, dans ce rôle, s'était comporté non comme officier public, mais comme simple particulier. (Bruxelles, 22 juin 1853).

D'ailleurs, pour mettre fin à cette incertitude qui règne au sujet des devoirs du Notaire en ce qui concerne la prise des inscriptions et leur renouvellement, il serait urgent qu'une loi intervint et lui imposât l'exécution de ses formalités comme un devoir professionnel puisqu'aussi bien le tarif légal lui alloue pour ces faits des honoraires spéciaux.

Mais élargissons la question. Peut-on, de ce fait isolé de la réquisition d'hypothèque, arguer contre le Notaire et prétendre qu'il a agi comme mandataire ou *Negotiorum gestio*, du créancier relativement à la consommation toute entière du prêt?

Nous ne le croyons pas. Interpréter la volonté d'un homme, d'après quelques données de fait est toujours chose grave et l'on doit bien se garder, dans une œuvre aussi délicate, d'accueillir comme réalités de simple conjectures. Si l'acceptation du mandat s'induit d'un *commencement d'exécution*, encore faut-il qu'il y ait eu d'abord *exécution du commencement* logique des travaux et des opérations dont l'ensemble devra constituer l'objet du mandat. Par exemple, dans notre espèce, il faudrait

que le Notaire se fût fait négociateur du prêt, l'eût élaboré.

Mais dire qu'il en est responsable, parce que après sa réalisation, se mettant *in medias res*, il vient exécuter une formalité qui le concerne, c'est prendre les choses à rebours; car cette intervention accidentelle du Notaire dans l'ensemble de l'opération n'implique pas cette volonté persévérante de gérer sans laquelle il n'y a ni *Negotiorum gestio*, ni mandat. Ce serait agir comme le propriétaire qui, devant l'écroulement de sa maison, songe à rendre responsable du désastre, non pas l'architecte qui a conçu l'édifice, mais le couvreur qui est resté étranger à sa construction, ignore son degré de solidité et n'a fait que lui apporter son complément ultime en le recouvrant d'un toit.

2) Election de domicile et clause de paiement en l'étude du Notaire.

Quand aucune circonstance particulière ne vient donner à la clause visant l'élection de domicile en l'Etude du Notaire une signification précise il faut n'y voir qu'une clause de style au moyen de laquelle les parties s'assurent en cas de contestation qu'elles seront jugées par le tribunal du lieu où l'acte est passé. De plus comme dans l'élection de domicile faite chez un officier public

les parties ont visé le fonctionnaire plutôt que l'individu le domicile élu sera, en cas de cession de l'office, transféré de plein droit chez le cessionnaire.

La jurisprudence apprécie justement la portée de cette clause d'élection de domicile en l'étude du Notaire quand elle refuse d'en induire pour ce dernier le pouvoir de toucher des paiements libératoires ou l'obligation de surveiller l'emploi des capitaux remboursés par le débiteur.

Mais que décider quand les parties ont en outre stipulé que tous paiements en principal et intérêts auraient lieu en l'étude du Notaire ? Sans doute il ne faut pas induire de cette disposition que le Notaire s'est chargé de diriger d'un bout à l'autre cette opération juridique qu'on appelle le prêt mais d'autre part convient-il de ne voir là comme M. Bauby (318) qu'une simple indication topographique relative à l'extinction de la créance et n'investissant pas le Notaire du pouvoir de toucher des paiements libératoires et d'en fournir quittance ? Le Notaire dans ces conditions ne serait aucunement chargé par la clause en question de recevoir le remboursement du capital et n'assumerait à cet égard aucun mandat. Pas plus que les parties dit-on il ne se trouve lié par les clauses de pur style. Mais on peut répondre à un tel raison-

nement que si l'on conçoit assez bien l'inefficacité des clauses dites de style entre les parties il n'en saurait être de même à l'égard du Notaire qui étant maître de sa rédaction ne les introduit qu'à bon escient.

Au surplus si la clause du paiement en l'étude n'est qu'une indication purement topographique un rendez-vous proposé pour le jour de la libération, d'où vient l'acte de prêt ne vise presque jamais un autre endroit pour le versement des fonds comme une banque, un bureau d'agent de change, une caisse de Société ?

Malgré l'avis contraire des tribunaux il semble qu'en bonne logique une telle clause implique mandat pour le Notaire d'encaisser les fonds au nom des créanciers, et d'en donner des quittances libératoires.

3) Absence du prêteur lors de la réception de l'acte.

Notons que l'absence du prêteur lors de la réalisation notariée de l'obligation n'affecte en rien la validité de cet acte qui de par son caractère unilatéral ne requiert pas l'acceptation par le créancier. Mais quant à conclure de cette absence du créancier que le Notaire s'est chargé à son égard du rôle de *Negotiorum gestor*, il faut s'y

refuser, car cette absence n'est pas en elle-même une circonstance assez significative pour donner lieu à une telle présomption.

4) Détention par le Notaire de la grosse de l'obligation.

Si l'on fait découler de cette circonstance une présomption en faveur de la *Negotiorum gestio* ou de l'acceptation d'un mandat, une foule de Notaires qui par négligence ou dans l'attente d'honoraires impayés conservent des grosses dans leurs archives vont se trouver dans une bien dangereuse situation. A notre avis, malgré des décisions judiciaires contraires nous croyons que la détention par le Notaire de la grosse implique tout au plus que ce dernier se charge de requérir les inscriptions hypothécaires et de faire les significations puisqu'il met le créancier dans l'impossibilité d'exécuter ses formalités en le privant de son titre.

5) Fixation par le Notaire lui-même de toutes les conditions de l'obligation hypothécaire.

On ne conçoit guère une obligation hypothécaire dont toutes les conditions soient inspirées par le Notaire, car si ces conditions sont celles d'usage et ordinaires en ce genre d'opérations, elles se présentent comme étant en quelque sorte

l'accessoire naturel du prêt et comme ayant été normalement imaginées par les parties.

Si au contraire elles sont extraordinaires du droit commun, affectées d'un caractère d'originalité que les circonstances, les rapports particuliers des contractants entre eux ont imposées, elles semblent encore avoir été librement arrêtées par le créancier et l'emprunteur.

D'ailleurs, on ne saurait se fonder sur cette considération qu'on a abandonné l'économie de l'acte de prêt hypothécaire au Notaire pour se prévaloir contre ce dernier de l'existence d'un prétendu mandat qu'on lui aurait assigné, car les parties en signant l'acte en adoptent toutes les conventions, et se les approprient, sans pouvoir en rejeter les conséquences sur qui que ce soit.

Aussi bien entre le fait d'abandonner au Notaire la disposition de l'acte de prêt et celui de lui en avoir confié la direction, l'élaboration du prêt lui même il y a tout un monde. Les clients les plus habitués à ces sortes de placements écoutent souvent d'une oreille distraite la teneur de l'acte, mais n'en ont pas moins fait personnellement, au préalable, tout ce qui dépendait d'eux pour contrôler la solidité du gage, la solvabilité du débiteur, les conditions de la propriété entre ses mains, etc.

**6) Perception d'émoluments supérieurs à ceux
du tarif légal.**

Il est un principe assez uniformément reconnu, c'est que en dehors des honoraires limités par le tarif légal, les Notaires peuvent avoir droit à des allocations supplémentaires dites de négociation et graduées en raison directe de la responsabilité inhérente à l'opération accomplie. (Pau, 25 février 1867. Paris 16 février 1887, 25 janvier 1894).

Or, si le Notaire exige ainsi de son client une rémunération extraordinaire tout porte à croire que dans ce cas il a lui-même conscience d'avoir agi comme mandataire ou *Negotiorum gestor* (Montpellier, 11 juillet 1892, Lyon, 15 février 1893, Cass. 17, art. 1893).

Toutefois, certains tribunaux n'ont pas vu dans cette perception supplémentaire d'honoraires l'indice d'un engagement contractuel du Notaire. La Cour de Lyon dans un arrêt du 4 mars 1876 formule ainsi son opinion :

« Il est vrai que pour tous les placements qui font
« l'objet du procès le Notaire Deschamps s'est fait
« allouer 2 o/o d'honoraires soit 1 o/o de plus que
« n'allouent les règlements du Notariat Lyonnais,
« mais cette *circonstance ne suffit pas pour établir*

« que le Notaire, soit devenu soit le gérant d'affaires
« soit même le mandataire de l'un ou l'autre des
« parties, que ce supplément d'honoraires ne doit
« pas être considéré comme une prime engageant
« la responsabilité mais plutôt comme une rémunération plus ou moins justifiée d'un rôle d'intermédiaire entre deux parties qui ne se connaissent pas... »

Enfin, même dans les cas où l'on est autorisé, à déduire de ce supplément d'honoraires un engagement contractuel du Notaire à l'égard de son client il ne faudrait pas prendre cet engagement comme une assurance contre les risques du placement mais bien comme un mandat.

**7) Démarches faites par le Notaire avant ou après
la négociation au prêt.**

Le Notaire est entouré de tant d'écueils, ses moindres faits sont susceptibles d'être interprétés d'une façon si abusive que l'attitude la plus prudente pour lui, en matière de prêts hypothécaires serait vraiment l'inaction, la passivité.

Plusieurs décisions judiciaires ont vu par exemple l'acceptation tacite d'un mandat dans le fait par le Notaire de visiter les immeubles devant servir de gage hypothécaire. (Orléans, 8 janvier 1870). Il a fait cette démarche disent-elles au nom du créan-

cier et venait *de visu* se rendre compte de la valeur de ces immeubles.

Après la passation du contrat, il arrive souvent que le Notaire acquitte les intérêts de l'obligation sur ses deniers personnels. Convient-il d'en conclure avec la jurisprudence à l'existence d'un mandat? Oui, du mandat de recevoir les intérêts au nom et pour le compte des créanciers, mais rien de plus.

Le Notaire fait souvent des tentatives pour atténuer dans la mesure du possible les effets de la perte totale ou partielle d'une créance hypothécaire. C'est, disent les tribunaux, qu'il veut soigner les effets de la responsabilité qu'il sent peser sur lui en sa qualité de mandataire du créancier déçu. (Rouen, 2 mars 1855, et 18 mars 1868, Paris, 9 juin 1890, 28 juillet 1892).

M. Avignon s'élève heureusement contre toutes ces inductions tirées de l'attitude du Notaire postérieurement à la réalisation du prêt : « Les faits
« du Notaire, dit-il, postérieurs à la passation de
« l'acte ne sauraient en thèse prouver contre lui
« un mandat ou une gestion d'affaires relativement
« à l'opération elle-même intervenue antérieure-
« ment ; ils prouvent seulement que le Notaire
« comprenant le danger qui menace ses clients
« s'efforce de le conjurer, qu'il veut éteindre dans

« son germe toute difficulté avec eux, mais cela
« ne prouve pas qu'il soit coupable. »

Conclusion.

On le voit, en résumé le public en France saisit avec empressement la moindre circonstance pour proclamer l'existence d'un mandat à la charge du Notaire et crier à la négligence, à la faute contractuelle. Cette tendance n'est à considérer les choses de plus haut qu'un reflet de la disposition sans cesse croissante des hommes dans les sociétés modernes et surtout dans notre pays à rejeter sur autrui les conséquences d'un acte qui leur est tout personnel. Le fantôme de la responsabilité effraie de plus en plus, et chacun cherche à détourner sur son voisin le désastre suspendu sur sa tête.

A mesure que les hommes revendiquent avec plus d'âpreté leur indépendance, leur autonomie individuelle, leur droit à la pensée et à l'instruction, il se garent avec une pusillanimité croissante des responsabilités inhérentes à l'exercice de ces belles prérogatives et recherchent de plus en plus, en cas de mécompte à incriminer l'Etat, les fonctionnaires ou leur prochain.

Il est certain qu'il y a un abus flagrant à toujours considérer le Notaire comme le *factotum*, le tuteur légal chargé de tous les soins, de toutes les recherches concernant les clients, et les tribu-

naux ont à se reprocher de s'être faits trop souvent les complices de la mauvaise foi des parties en épousant une théorie aussi abusive. «Un homme
« qui traite avec un autre homme disait Portalis
« doit être attentif et sage, il doit veiller à son intérêt, prendre des informations convenables et ne
« pas négliger ce qui est utile. L'office de la Loi n'est
« pas de nous dispenser de faire usage de notre raison. (Discours préliminaire au code Napoléon).»

CHAPITRE VII

Le Notaire mandataire ou gérant d'affaires de son client n'est pas présumé être sa caution.

Ce serait une grosse erreur que de croire que par cela seul que l'existence du mandat est démontrée, le Notaire en cas de perte du prêt doit être tenu d'en rembourser le montant au créancier. Les obligations du mandataire et celles de la caution aboutissent pratiquement à des résultats sensiblement différents : le premier ne doit répondre que de ses fautes et dans la mesure seulement où il a failli ; le second, au contraire, répond à forfait de la totalité des engagements du débiteur.

La Cour de Cassation, par son arrêt du 16 août 1855, a reconnu positivement le droit pour les juges du fait de limiter, pour les raisons que nous

venons d'indiquer, l'étendue de la responsabilité qui pèse sur le Notaire mandataire. Elle a permis notamment de fixer les dommages-intérêts dus par ce dernier à la somme pour laquelle l'immeuble a été ultérieurement adjugé, bien que cette somme fût en fait inférieure au montant du prêt, s'il est établi que le prêteur a pu par lui-même apprécier la valeur de l'immeuble et l'a accepté comme gage suffisant. (Cas. 20 nov. 1871 — 13 août 1874. — Bordeaux, 23 juillet 1874).

Un arrêt de la Cour de Lyon du 3 juillet 1868 s'exprime sur cette question avec beaucoup de netteté : « Il ne suffit pas pour rendre un Notaire « responsable des suites d'un placement, de « prouver qu'il l'a indiqué ou même négocié : il « faut établir ou qu'il donne sa garantie person- « nelle comme caution de l'emprunteur, ou qu'il « a commis une faute dans la négociation. En « thèse générale, le cautionnement ne se pré- « sume pas et doit être passé par écrit ou par un « commencement de preuve par écrit ».

Ce principe s'applique surtout aux Notaires auxquels il est formellement interdit, par l'article 12 de l'ordonnance du 4 janvier 1843 de se porter garant à quelque titre que ce soit des prêts faits par leur intermédiaire. »

En un mot, le mandataire n'étant pas implicite-

ment caution à l'égard de son mandat puisque l'art. 2015 n'admet pas le cautionnement sans preuve écrite, le Notaire ne doit être tenu que de ses défaillances personnelles dans l'exécution du mandat qu'il a assumé et n'a aucunement à répondre des pertes survenant accidentellement par suite de cas de force majeure ou autres et indépendants de sa volonté.

CHAPITRE VIII

Droit de contrôle de la Cour de Cassation sur la régularité de la preuve admise par les juges du fond.

Dans notre système de juridiction, la Cour de Cassation a la connaissance exclusive des points de droit d'un procès, l'élément de fait lui échappe. Mais dans une foule d'espèce il est très difficile d'abstraire le point de droit du point de fait pour délimiter le champ d'examen de ce tribunal. Cette difficulté se présente surtout dans les questions de responsabilité notariale. Le litige comporte alors deux problèmes différents.

1) Le Notaire a-t-il reçu un mandat exprès ou tacite du client.

2) Si oui, a-t-il commis quelque faute dans son exécution.

L'appréciation de la faute contractuelle est, à

n'en pas douter, un élément de fait du procès, mais la preuve du contrat est au contraire un élément juridique qui relève de la Cour de Cassation.

M. le conseiller Crepon a exposé dans un rapport à la Chambre des Requêtes le sentiment de la Cour à ce sujet :

« Des arrêts qu'on doit, dit-il, considérer comme
« le dernier et véritable état de notre jurisprudence
« sur l'application des articles 1382 et 1383 du
« Code Civil ne reconnaissent ce pouvoir souverain aux juges du fond que pour la constatation
« des faits desquels résulteraient et le mandat
« et la faute, mais réservent à la Cour de Cassation
« d'examiner si les faits, ainsi constatés, constituent
« véritablement le mandat et la faute.

En ce qui concerne l'existence du mandat ou de la *Negotiorum gestio* la Cour de Cassation doit donc vérifier : 1° si cette existence est démontrée par un des modes de preuves prescrits par la loi et : 2° si les faits légalement prouvés, constituent le mandat. « Les faits dont on prétend déduire la présence d'un mandat tacitement conféré, doivent être légalement établis devant le juge avant que celui-ci apprécie les conséquences qu'il convient d'en tirer — dit l'arrêt de la Chambre civile du 29 déc. 1875. (Revue du Notariat, 5081. Aubry et Rau, 1 § 39 *bis*, note 8).

Quant au second chef de la question (les faits désormais acquis constituent-ils le contrat du mandat?) la Cour de Cassation, malgré la déclaration bien ferme de M. Crépon, hésite à le trancher en sa faveur, c'est-à-dire en affirmant que cette question constitue bien aussi un fait juridique dans le débat, et partant relève de sa compétence. M. le conseiller Hardoin le nie même formellement dans son rapport à la Chambre des Requêtes sur un arrêt du 14 février 1855. « Qu'avait
« à examiner la Cour d'appel? dit-il, uniquement
« une *question d'intention*. Les parties avaient-elles
« voulu donner et le Notaire avait-il entendu ac-
« cepter la mission d'assurer les droits des colici-
« tants par l'inscription de privilège? Il ne s'agis-
« sait pas ici de caractériser un acte, de déterminer
« l'effet d'une convention dont les clauses étaient
« reconnues par les parties. Le travail des juges
« d'appel consistait à décider si des circonstances
« avouées de la cause ressortait l'acceptation par
« le Notaire du mandat qui lui avait été confié.
« Cette appréciation de la volonté des parties est
« évidemment du domaine exclusif des juges du
« fond. Leur décision est pour tous et pour nous-
« même une vérité. »

Cette doctrine se retrouve dans maints arrêts notamment dans ceux du 19 mars 1856, 22 août 1864,

18 août 1873 et 25 janvier 1887. (Dollos, 87, I, 473.)

Cependant, il est certain qu'elle est erronée et que la Cour de Cassation, de par sa mission de reviser les jugements au point de vue du droit, devrait revendiquer le pouvoir de contrôler si les faits reconnus et prouvés régulièrement impliquent bien la naissance du contrat de mandat.

APPENDICE

Les dépôts de fonds au Notaire. — Leurs conséquences au point de vue du crédit agricole.

A cette étude de la responsabilité du Notaire en matière de prêts hypothécaires se rattache, comme corollaire indispensable celle de ses devoirs en matière de dépôts de fonds. Le plus souvent, en effet, les placements effectués par les capitalistes sur hypothèque ne sont pas faits sur les fonds que ces derniers tiennent en réserve dans leur caisse, mais ne sont qu'une destination donnée à des capitaux qui, par suite d'un règlement de succession ou d'un remboursement de prêt antérieur, se trouvent transitoirement en la possession du Notaire.

Les devoirs de ce dernier, en tant que détenteur de fonds, diffèrent sensiblement suivant qu'il les a reçus en qualité de mandataire ou en qualité de dépositaire proprement dit.

1) S'il y a simple dépôt, en principe il n'est pas tenu de payer les intérêts (art. 1936 C. C.), tandis qu'il en serait autrement en cas de mandat.

Remarquons que les auteurs qui, d'une façon uniforme, rattachent toutes les opérations du Notaire envers ses clients à l'idée de mandat, ne paraissent pas se soucier de cet article 1936 et affranchissent cet officier public du service des intérêts.

2) L'article 1924 C. C. nous dit : « Si le dépôt dépasse 150 francs et n'est pas prouvé par écrit, le dépositaire sera cru sur parole, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose en faisant l'objet, soit pour le fait de la restitution. »

Disposition capitale en notre matière et dont le public malheureusement n'est pas assez pénétré quand il entre en relations avec les Notaires, puisque ces derniers, dans certains pays, négligent encore de donner des reçus des sommes qu'ils encaissent à titre de dépôt, sous prétexte que leur honorabilité est une garantie suffisante de restitution.

3) En cas de dépôt, le Notaire sera tenu seulement de sa *culpa levis in concreto*, tandis que, comme mandataire, il devrait répondre de sa *culpa levis in abstracto*.

Sur ce terrain, une controverse s'est élevée. L'article 1928, on le sait, énumère diverses circonstances qui, survenant dans un véritable contrat de dépôt, ont pour effet d'en modifier les effets ordinaires et d'alourdir la responsabilité du dépositaire en l'obligeant à réparer même sa *culpa levis in abstracto*. Examinons successivement les hypothèses prévues par cet article :

A. — Le dépôt a été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire. — Nous ne mentionnons ce cas que pour ordre, car on ne voit pas comment il pourrait s'appliquer aux dépôts commis aux Notaires.

B. — Il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute. — C'est là une question de fait subordonnée aux conventions préalables des parties et échappant à toute discussion théorique.

C. — Le dépositaire a stipulé un salaire pour la garde du dépôt.

Il est certain que le notaire peut exiger ce salaire et qu'alors il tombe sous le coup de l'art. 1928 et voit sa responsabilité s'aggraver.

D. — Le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt. *Deposito se obtulit*. — En allant ainsi au-devant du désir du déposant, il s'est tacitement engagé à apporter tous les soins d'un bon père de famille à la garde de la chose; car, dit Pothier, il a pu empêcher que le déposant ne s'adressât à quelque autre plus diligent.

Paul Pont (Petits Contrats V. 8 p. 193 n° 40) prétend que cette circonstance aggravante, s'applique en principe à toute personne qui à *raison de sa fonction*, se trouve désignée et en quelque sorte imposée à la confiance publique pour recevoir des dépôts: «tels les Notaires *bien qu'ils ne s'offrent pas d'eux-mêmes*, et que leur situation et leurs «habitudes professionnelles suffisent pour qu'à «leur égard, les responsabilités soient plus rigoureusement appréciées.»

Nous ne saurions adopter cette opinion. Il n'est pas permis d'alourdir une responsabilité sans raisons plausibles et nous ne voyons pas qu'ici, Paul Pont en présente de bien sérieuses.

Si l'on prétend qu'en dehors de toute attribution spéciale et professionnelle à cet égard, le Notaire est *indiqué au public* comme dépositaire de fonds, uniquement parce qu'il jouit d'un *crédit exceptionnel*, pourquoi ne pas pousser ce raisonnement jusqu'à ses extrêmes conséquences et dire que la

bonne renommée, la réputation exceptionnelle d'honorabilité dont bénéficient certains particuliers leur attirent naturellement la confiance des déposants et qu'en conséquence ils encourent la responsabilité aggravée de l'art. 1928 s'ils acceptent la garde du bien d'autrui. *Honos onus!* C'est là, il faut l'avouer, un étrange privilège et un avantage bien funeste. Depuis quand la supériorité morale d'un individu l'exclue-t-elle du droit commun ? Et où voit-on que l'habitude de l'honnêteté en conférant à ceux qui la pratiquent un prestige tout personnel leur enjoint par cela même des devoirs particuliers.

Enfin ; si l'on prétend comme Paul Pont que la proposition de garder les dépôts de fonds, l'offre spontanée dont parle l'art. 1928 émane non pas du Notaire, mais *se dégage* pour ainsi dire de la Nature même de sa fonction, on se place tout à fait en dehors de l'hypothèse prévue par l'art. 1928. Le Code Civil, en effet, nous parle du dépositaire qui *deposito se obtulit*, c'est-à-dire qui, personnellement a pris l'*initiative* de cette offre dangereuse. Il n'est pas permis d'étendre cette règle en dehors du cas qu'elle vise expressément, car tout est de droit étroit en matière d'exception, *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

4) Le dépositaire ne doit restituer la chose dé-

posée qu'à celui qui la lui a confiée... ou à celui qui a été indiqué pour la recevoir (art. 1937 C. C.)

Notons tout de suite qu'en dépit de cette disposition, il commettrait certainement une faute en restituant les fonds au propriétaire, au mépris d'une opposition pratiquée entre ses mains.

Que décider dans le cas ou sans attendre l'accomplissement de la transcription et des mainlevées des hypothèques révélées, le Notaire remet le prix de la vente au vendeur, ou bien encore s'il restitue le montant du prêt au prêteur avant d'avoir recueilli la mainlevée de ce dernier sur le gage hypothécaire.

A la rigueur, en adoptant le système combattu par nous, d'après lequel le Notaire est de plein droit tenu de *la suite des actes*, c'est-à-dire des formalités qui en constituent en quelque sorte le prolongement normal, on pourrait prétendre qu'il doit, non seulement transcrire, mais encore transcrire en temps utile, et que par conséquent, il manque à ses devoirs, s'il accomplit cette formalité après la remise des fonds. Mais quand aux mainlevées il faut de toute évidence, quel que soit le système général auquel on se rallie, les considérer comme des actes distincts et sans rapport direct nécessaire avec la vente ou la restitution de l'emprunt.

Cependant les tribunaux (Cass. 3 décembre 1835, 2 mai 1868), n'hésitent pas à frapper impitoyablement le Notaire qui commet l'imprudence de se dessaisir des fonds avant l'obtention de ces mainlevées.

Tout s'explique au contraire si l'on ne considère plus le Notaire comme un simple dépositaire, mais bien comme un mandataire chargé de payer et tenu en conséquence de faire un *paiement valable*, définitif, absolument libératoire, mettant pour toujours le débiteur qui s'acquitte à l'abri d'une réclamation ultérieure.

On le voit, le problème qui nous occupe atteint souvent un intérêt si intense, pèse constamment sur la vie notariale d'une façon si inquiétante, qu'on doit s'efforcer d'en trouver la solution.

Que conclure? Quelle opinion se dégage du parallèle établi ci-dessus entre les devoirs du mandataire et ceux du dépositaire? Quel est celui de ces deux rôles que le Notaire revêt en matière de dépôt de fonds? Il ne suffit pas, pour s'édifier à ce sujet, de rechercher si le client pouvait s'abstenir de faire passer les fonds entre les mains du Notaire, parce qu'il n'était lié, à cet effet, par aucune indication de paiement insérée dans la vente ou l'obligation. Il faut considérer si le déposant,

en remettant ses fonds au Notaire leur a assigné une destination spéciale et a par conséquent pris ce dernier comme le *ministre de quelque dessein particulier*, c'est-à-dire comme mandataire, et déclarer qu'il y a simple dépôt dans tous les autres cas.

Ces nuances se révèlent d'ailleurs bien nettement dans la réalité des faits. Restons dans l'hypothèse imaginée plus haut de remboursement d'un prêt et demandons-nous quel rôle joue le Notaire devant chacune des deux parties. Le débiteur qui n'est pas lié par une clause spéciale de domiciliation de paiement et qui s'acquitte néanmoins entre les mains du Notaire, ne le considère pas, à coup sûr, comme un caissier passif, comme un intermédiaire mécanique entre lui et son créancier puisqu'il pouvait payer directement entre les mains de ce dernier. Il voit en lui l'agent de sa propre sécurité, appelé à jouer un rôle personnel dans le fait de la restitution des deniers, et dont le concours doit lui enlever toute inquiétude sur l'efficacité au paiement effectué.

Au contraire pour le créancier qui reçoit ses fonds par le canal du Notaire, ce dernier n'est qu'un encaisseur, un simple dépositaire.

On pourrait prétendre il est vrai qu'il y a pour ainsi dire, deux temps à considérer dans la partici-

pation du Notaire à la réception du paiement : au moment où il reçoit les fonds des mains du débiteur et remet à ce dernier le reçu levé sur son registre à souche, il agirait comme mandataire du créancier à la façon d'un *adjectus solutionis gratiæ* ; mais une fois que les deniers seraient tombés dans son coffre et pendant tout le séjour qu'ils y feraient il ne serait qu'un simple dépositaire n'ayant pour ainsi dire qu'un seul devoir de garde fidèle à remplir.

La jurisprudence repousse à bon droit cette conception et proclame que dans ce cas il n'existe à l'égard du créancier qu'un dépôt pur et simple.

Responsabilité professionnelle en matière de dépôts de fonds.

Bien que cette étude ne se rattache pas directement à l'objet de ce travail, il nous semble difficile de traiter de la responsabilité du Notaire relativement aux dépôts de fonds sans commenter les règlements spéciaux qui régissent cette matière, ni approfondir les raisons d'ordre public qui les ont inspirés.

Le Notaire n'est pas seulement le conseil des parties, le rédacteur de leurs conventions, le né-

gociateur de leurs intérêts et le confident de leurs secrets de famille, de par la nature même de ses fonctions il se trouve être encore dans certaines circonstances le dépositaire de leur fortune.

Or, cette dernière attribution ne va pas sans dangers; on conçoit, en effet, qu'il aie une tendance naturelle à confondre le bien d'autrui avec le sien propre quand il les a tous deux en sa possession et qu'il détourne parfois des fonds de leur destination pour les affecter à ses besoins personnels, ou par la spéculation, s'en faire l'instrument d'une rapide fortune.

Les abus de toute sorte et les prévarications firent de bonne heure sentir le besoin de régler par des prohibitions salutaires le rôle du Notaire dépositaire de fonds.

En 1843, une ordonnance du 4 janvier lui interdit de se livrer à aucune opération de bourse de banque ou de commerce, de s'immiscer dans l'administration d'aucune Société, entreprise ou compagnie de finance, de commerce ou d'industrie, de s'intéresser dans aucune affaire pour laquelle il prête son ministère, de se constituer garant ou caution à quelque titre que ce soit des prêts qu'il aurait été chargé de constater par acte public.

Cette réglementation envisagée dans ses intentions putôt que dans ses moyens constituait une

sage mesure et répondait à des besoins pressants. Cependant soit que les parquets et les chambres n'aient pas suffisamment tenu la main à l'exécution de ses prescriptions, soit que des moyens suffisants de contrôle leur fissent défaut, cette ordonnance resta pour ainsi dire lettre morte et ne reçut jamais d'application pratique. Bien plus, les tribunaux oubliant que désormais les Notaires ne pouvaient plus se constituer garants des engagements contractés devant eux, montrèrent une propension sans cesse croissante à les rendre responsables comme cautions des engagements hypothécaires conclus en leur étude.

Sous l'empire de cette ordonnance de 1843, les Notaires pouvaient encore négocier des emprunts et sans se livrer absolument aux opérations de banque qu'elle prohibe, conservaient la faculté d'accepter des fonds dont ils servaient l'intérêt et qu'ils employaient ensuite en placements hypothécaires.

La multiplicité des désastres financiers et des destitutions qui désolèrent le Notariat fit bientôt sentir combien cette réglementation était incomplète et inefficace. Le développement du goût de la spéculation dans le public, les crises industrielles et financières, l'élévation du prix des offices, le retard forcé dans le recouvrement des avances

le renchérissement des conditions de la vie, plus sensibles encore pour les Notaires tenus à un certain *decorum* pour assurer leur prestige et leur crédit⁽¹⁾ avivèrent encore la tentation de ces derniers à puiser dans leur caisse parmi les fonds de leurs clients. D'autant mieux qu'étant libres d'établir à leur guise leur comptabilité, affranchis dans certaines contrées par les usages courants et la vénération du public de l'obligation de délivrer des reçus pour les sommes encaissées directement des clients, aucun obstacle positif ne venait entraver leurs funestes manœuvres.

En cet état survinrent les décrets de 1890, qui non seulement créèrent avec un soin minutieux un mode de comptabilité spécial aux Notaires, mais encore complétèrent l'ordonnance de 1843, en leur interdisant de conserver des fonds à charge d'en servir l'intérêt, d'employer même temporairement les sommes et valeurs dont ils sont constitués détenteurs, à quelque titre que ce soit à un usage auxquelles elles ne sont pas destinées, de conserver enfin les sommes détenues au-delà de six mois. On le voit, ces décrets inspirés à la fois par l'intérêt du Notariat et celui du public font une heureuse application du principe

(1) La dignité, disait Loyseau, est subjecte à être méprisée si elle est accompagnée de pauvreté.

de la distribution du travail dans la Société en accentuant la démarcation qui sépare la profession de Notaire de celle de banquier.

Dans bien des contrées, les Notaires acceptaient de leurs clients des dépôts de fonds productifs d'intérêts à compter du jour de leur remise. Ces dépôts étaient faits dans l'attente et en prévision d'un placement hypothécaire à réaliser à la première occasion ou même sans condition suivant le crédit dont bénéficiait le dépositaire. Le Notaire s'il ne disposait des fonds à son profit personnel, s'il ne les engageait pas dans quelque spéculation d'autant plus hasardeuse qu'elle devait produire ses fruits dans le plus bref délai, c'est-à-dire avant la restitution des capitaux, les employait en obligations dont il devenait personnellement créancier sous le nom d'un clerc ou d'une autre personne interposée ou même sur simples billets.

C'est là, au premier chef, l'abus que les décrets ont voulu abolir. Mais, qu'on ne l'oublie pas, leur but ne se limite pas à cette prohibition isolée : d'une façon générale, ils ont eu pour objet d'interdire au Notaire de se livrer à toute occupation, de s'adonner à toute manœuvre susceptible d'être considérée comme un *trafic d'argent*.

Quant aux dépôts résultant de la conclusion ou de l'exécution des contrats qu'il reçoit, comme

il était impossible de les prohiber d'une façon absolue, on a seulement cherché à en pallier les dangers et en prescrivant le versement trimestriel à la Caisse des Dépôts et Consignations.

On le voit, il semble que le décret de 1890 ait enfin instauré un mode de réglementation irréprochable et que dorénavant le public et le Notariat soient à jamais à l'abri des désastres qu'on avait à regretter sous l'empire de l'ordonnance de 1843.

Et cependant des exemples fréquents démontrent que ce résultat est loin d'être atteint.

Quelles raisons ont donc pu empêcher une aussi sage réforme de porter tous les fruits qu'elle semblait promettre ?

La permanence de ces abus est due à des causes d'ordre général à des raisons purement psychologiques et à des défectuosités de législation.

1° — Durée excessive de la détention des fonds par le notaire sous le régime actuel.

Le délai de six mois imparti au Notaire par les décrets est encore exagéré. Il est évident que pendant ce laps de temps ce dernier a le temps de tenter les spéculations dont on veut lui fermer l'accès. D'autant mieux que s'il est titulaire d'une

étude de quelque importance, la stagnation des capitaux dans sa caisse pendant six mois imprime à son mouvement de fonds une allure très modérée qui laisse se produire les accumulations tentantes et nécessaires pour se livrer à des opérations financières de quelque importance.

Mais, dira-t-on, la loi du 22 brumaire, an VII, oblige le Notaire à faire l'avance des frais d'enregistrement pour les actes qu'il reçoit ; il faut bien par réciproque ne pas le dessaisir avec trop d'âpreté des fonds que la nature même de ses fonctions amène dans sa caisse.

Il conviendrait peut-être d'abord de rechercher s'il est bien du devoir fonctionnel du Notaire de procéder à l'enregistrement mais sans s'appesantir sur cette question, il faut remarquer que si après la rédaction de l'acte le Notaire doit le faire enregistrer même en l'absence de toute provision, il peut, par contre, refuser son ministère, c'est-à-dire ne pas rédiger cet acte, tant qu'on n'a pas consigné entre ses mains une somme afférente aux droits prévus.

Cette habitude de déposer une provision préalable au Notaire comme à l'avoué s'introduirait vite dans les mœurs des affaires (l'exemple de Paris où cette pratique est courante suffit à nous en convaincre).

Il est une autre critique que cette réduction du délai de détention des capitaux pourrait soulever. Elle rendrait beaucoup plus fréquentes, pourrait-on dire, les formalités qui accompagnent le dépôt et le retrait de sommes à la Caisse des Dépôts et Consignations, et pourrait créer un *impedimentum* nuisible à la célérité des affaires. Cet inconvénient, il faut en convenir, est assez négligeable si on le compare au danger public accompagnant l'état de choses qu'il viendrait supprimer.

D'ailleurs, de même qu'il est permis aujourd'hui au propriétaire des fonds de prolonger si bon lui semble leur séjour dans les mains du Notaire au-delà d'une période de six mois, il lui serait également loisible sous le régime nouveau de proroger le délai imparti pour la consignation au-delà du terme réglementaire.

Enfin, il faut le reconnaître, le ministre de la justice lui-même a très bien senti que dans la plupart des cas le délai semestriel est trop long et ne répond pas aux besoins de la pratique. Dans sa circulaire du 1^{er} mars 1890 relative à l'application des décrets eu 30 janvier et 2 février 1890, il a cherché à corriger un peu cet abus : « Le décret, dit-il, indique *un délai maximum appli-*
« *cable seulement à quelques cas particuliers* où
« des difficultés peuvent mettre obstacle au paie-

« ment. Mais s'il s'agit de dépôts effectués après
« *un acte d'emprunt* ou un contrat de vente par
« exemple, ce qui est le cas le plus fréquent,
« l'accomplissement des formalités hypothécaires
« qui retarde la remise des fonds n'exige pas
« d'ordinaire un délai supérieur à deux ou trois
« mois suivant les circonstances. *Tout retard en*
« *pareil cas devra être justifié.* »

2° Causes d'ordre général. Le crédit rural.

A vrai dire si la réforme que nous préconisons dans le paragraphe précédent venait à être appliquée, si surtout d'une façon absolue et définitive on ôtait au Notaire tout moyen de faire trafic d'argent on pourrait créer au moins dans la population rurale de certaines contrées (surtout dans le centre ou le midi) un embarras public.

Nous nous expliquons.

Pour bien comprendre le rôle multiple que joue le Notaire dans la Société il ne suffit pas d'étudier la physionomie de ce dernier à Paris ou dans les grandes villes où le plus souvent il se confine strictement dans l'exercice de sa mission professionnelle. Il faut l'examiner à la campagne, surtout dans les régions assez pauvres du Midi, et l'on constate alors que depuis un temps immémo-

rial il assume cette fonction économique considérable d'être le banquier des populations rurales.

Le Notaire — banquier ! — Il semble à première vue que cette association d'idées soit quelque peu forcée et néanmoins on se convainc devant l'évidence des faits qu'elle répond à une réalité.

Est-ce seulement par caprice ou par esprit d'obligeance que cet officier public a été amené à s'attribuer cette destination hybride, cette funeste dualité d'occupations ? Si oui, il aurait été bien malheureusement inspiré. La sagesse des siècles est là pour lui enseigner au moyen de dictons populaires qu'il est toujours néfaste de cumuler les professions surtout quand on est déjà investi de l'une d'elles par la Société elle-même. Taine dit excellemment avec cette profondeur de vue qui le caractérise : « Lorsque quelque instrument « social construit en vue d'un service entreprend « par surcroît le service d'un autre, il fait mal son « office propre et l'office usurpé. Des deux œuvres « qu'il exécute, la première nuit à la seconde et la « seconde à la première, ordinairement il finit « par sacrifier l'une à l'autre, et le plus souvent il « les manque toutes les deux. »

D'où vient enfin que les décrets de 1890, en

dépit de leurs excellentes intentions, ne soient pas parvenus à enrayer cet abus.

Ce n'est pas seulement parceque le délai qu'ils laissent aux Notaires pour la garde des fonds est encore trop long, et permet partant à ces officiers ministériels de faire ordinairement aux particuliers des avances de capitaux que leurs seules ressources personnelles engagées déjà dans l'achat de l'étude dont ils sont titulaires ne leur permettraient pas le plus souvent. C'est encore et surtout parceque dans nombre de provinces cette pratique malheureuse est, il faut l'avouer, nécessaire, d'une nécessité de fait.

Le *crédit rural* s'impose plus que jamais en France, et est appelé à prendre une importance qui va grandissant chaque jour par suite de la persistance de la crise agricole et des efforts tentés d'autre part pour la conjurer, comme la rénovation des méthodes de culture, la fécondation effrénée du sol par l'emploi onéreux d'engrais chimiques, la suppression de la main d'œuvre par l'achat de machines coûteuses. Or, en conscience, il faut se le demander. Si le Notaire obéissant, comme il serait de son devoir de le faire, aux décrets de 1890, cessait tout à coup de suppléer aux banques locales qui font défaut dans son village et dont jusqu'ici il a rempli l'office à qui

les petites gens dans le besoin iraient-ils emprunter de faibles sommes? Leur faudra-t-il courir à la ville voisine pour en assiéger les banques qui ne prêtent qu'à courts termes sur bonnes garanties et à gros intérêts! Qu'ils s'adressent dira-t-on au Crédit Foncier et lui donnent, en garantie les coins de terre qu'ils peuvent posséder. A la vérité, les conditions des prêts du Crédit foncier sont plus humaines, et s'adaptent mieux à leurs besoins que celles proposées par les banques et de plus, cet établissement présente pour eux cet heureux avantage de consentir de très longs termes de remboursement. Mais d'autre part, et c'est là ce qui rend à leurs yeux ses services inaccessibles, il ne réalise guère que des opérations importantes, montre une préférence manifeste pour le gage présenté sous les espèces de la propriété bâtie et apporte enfin dans la conclusion de ses traités, une telle minutie, une telle lenteur et un si formidable appareil de formalités diverses qu'on ne peut recourir à lui en cas de besoins urgents de capitaux.

Aussi bien, en se plaçant à un point de vue purement politique, on ne doit peut-être pas regretter après tout cette impénétrabilité de nos campagnes à l'action du Crédit foncier dont le fonctionnement aboutit en dernière analyse à mobiliser en quelque

sorte la propriété immobilière. Tant que son empire territorial — *son domaine éminent* — sera confiné dans des limites relativement modestes, il ne peut que rendre des services et n'éveiller au point de vue public aucune inquiétude ; mais le jour où prenant une extension beaucoup plus large il arriverait à gagner la majeure partie de la petite propriété rurale on voit à quelle situation dangereuse nous pourrions nous trouver acculés : d'un côté une portion énorme de la propriété immobilière française, serait inféodée au Crédit foncier, relèverait de son empire, et d'autre part, les actions de cet établissement resteraient comme toutes les autres valeurs mobilières, soumises aux mille fluctuations des cours de Bourse, susceptibles par conséquent d'une moins-value subite si une panique justifiée ou savamment provoquée venait ébranler la confiance du public. De sorte que l'on pourrait du jour au lendemain voir quelques gros financiers ayant accaparé à vil prix les actions du Crédit foncier tenir en mains la valeur presque totale de la France immobilière.

Mais nous dira-t-on toutes ces doléances sont en fait bien platoniques. On ne peut plus dire aujourd'hui que le peuple des campagnes a recours aux avances pécuniaires du Notaire parce que les établissements de crédit réguliers lui sont

fermés. Le législateur par la loi du 5 novembre 1894 n'a-t-il pas fondé de toutes pièces une institution de crédit à son usage exclusif et débarrassée de tous les inconvénients inhérents à celles qui existaient antérieurement ? Si les décrets de 1890 sont venus trop tôt en ce sens que voulant supprimer les banques Notariales dont ils accusaient l'illicéité ils ne se souciaient pas de les remplacer par un autre organe et se condamnaient par cette négligence même et par la seule force des choses à rester pratiquement inefficaces aujourd'hui la lacune est comblée depuis que la loi de 1894 a définitivement établi le crédit agricole.

On sait quels sont le principe et l'objet de cette loi.

Elle nous l'apprend dans son article premier.

« Des Sociétés de crédit agricole peuvent-être
« constituées soit par la totalité des membres d'un
« ou de plusieurs syndicats professionnels agricoles, soit par une partie des membres de ces
« syndicats. Elles ont exclusivement pour objet
« de faciliter et même de garantir les opérations
« concernant l'industrie agricole et effectuées par
« ces syndicats.

« Ces Sociétés peuvent recevoir des dépôts de
« fonds en compte courant avec ou sans intérêts. »

Voilà semble-t-il écarté ce double danger qui

menaçait le Notariat rural : les *dépôts de fonds* bénévoles d'une part et d'autre part les *avances d'argent* à faire au public. Les cultivateurs aisés sauront où déposer leurs économies dont la garde les embarrasse tant, les cultivateurs dans la gêne sauront qu'il n'est plus besoin de recourir aux services illégaux du Notaire et qu'ils peuvent à la caisse du syndicat obtenir des ouvertures de crédit parfaitement licites.

Donc, il semble bien que ces Sociétés de crédit agricoles sorte *d'alma parens* de la culture vont fonctionner régulièrement sans avoir à craindre qu'en fait le Notaire persévérant dans son ancienne habitude continue de leur disputer l'approvisionnement pécuniaire des cultivateurs ; d'autant mieux qu'elles offrent sur lui cet avantage considérable de pouvoir *commercialiser* les engagements de leurs débiteurs.

Cependant, en dépit de ces considérations, le Notaire, il faut bien le constater, reste dans beaucoup de campagnes le banquier des paysans et continue de personnifier le crédit agricole.

Ce phénomène relève de plusieurs causes.

I. *Causes de fait.*

1) La première et la plus simple d'abord c'est

que dans une foule de contrées, soit que les cultivateurs restent inconscients de leurs propres intérêts, soit surtout que les premiers fonds manquent, les Sociétés de crédit agricole sont encore à créer. Les syndicats eux-mêmes sont encore très disséminés sur notre territoire.

2) D'autre part, il faut l'avouer, le Notaire se trouve aussi bien placé que ces Sociétés pour faire l'office de banquier rural.

« Le prêt agricole, nous dit M. Méline dans l'ex-
« posé des motifs, pour être sérieux, suppose un
« jugement porté sur la personne de l'emprunteur
« autant que sur sa situation matérielle, et on com-
« prend aisément que ce jugement ne puisse être
« porté avec certitude que par des hommes vivant
« en quelque sorte d'une façon quotidienne avec
« lui, le connaissant à fond, sachant bien quel em-
« ploi il fait du crédit qu'on lui accorde et dans
« quelle mesure on peut le lui accorder....

« Quelle peut être la raison de l'indifférence
« dont les capitalistes font preuve pour les prêts
« agricoles? C'est que les placements ne sont bons
« qu'à deux conditions : il faut d'abord que l'ar-
« gent soit donné à des agriculteurs capables qui
« cherchent à en faire bon emploi ; il faut en
« second lieu être bien sûr que l'argent que le ca-
« pitaliste va donner ira à sa destination, que

« l'agriculteur ne s'en servira pas pour acheter des
« terres, pour payer ses dettes ou pour tout autre
« emploi. Il faut être bien sûr que cet argent sera
« utilisé en achat d'engrais, de semences et de bé-
« tail. Comment acquérir cette certitude? Les ca-
« pitalistes sont trop loin des agriculteurs, et ils
« n'ont pas la possibilité de se procurer des ren-
« seignements ni d'exercer de contrôle. »

Ainsi se dégage, pour M. Méline, le principe des Sociétés de crédit agricole, véritables Sociétés d'emprunteurs consentant à répondre les uns des autres parce qu'ils se connaissent et s'apprécient.

Or, le Notaire rural se trouve être précisément vis-à-vis des habitants de sa petite localité dans ces conditions de contact constant, de rapports quotidiens auxquelles M. Méline fait allusion quand il déplore l'hésitation des capitalistes urbains à faire des avances à des villageois lointains et inconnus. Vivant au milieu d'eux, imitant souvent leurs travaux en dirigeant lui-même une petite exploitation agricole d'amateur, il connaît personnellement tous les cultivateurs du pays, il sait mieux que personne leur situation pécuniaire, leurs attaches de parenté, les conditions de leur exploitation, leur capacité professionnelle, leurs qualités morales. Il peut mesurer sa confiance en eux d'après leur conduite de tous les jours, leur

assiduité au travail, leur degré de tempérance et de probité. Il lui est loisible dans ces conditions de leur faire des avances non garanties, car il n'agit alors qu'à bon escient ayant supputé presque à coup sûr les chances de remboursement présentées par son débiteur.

II. *Causes psychologiques.*

L'inefficacité de l'institution de M. Méline et partant la persistance de l'abus de la Banque Notariale résulte encore d'autres causes d'ordre purement psychologiques.

1) Le crédit imaginé par la loi de 1894 est on le sait à base « de Mutualité ». Le paysan quand il emprunte à la Société se trouve intéresser à cette opération, ses parents, ses amis, ses voisins, tous les membres enfin de la Société locale dont il fait partie, puisqu'ils se trouvent tous collectivement responsables de sa dette.

Or, cette mutualité de dévouement, cette solidarité dans l'infortune supposent une largeur d'idées, une fraternité de rapports qui a bien pu exister jadis dans les tribus germanes, mais qu'on chercherait en vain au sein de nos populations rurales. Le village en France est le paradis terrestre de la chicane.

Si l'on songe que la politique locale, d'autant plus acharnée qu'elle est plus courte, en divise ordinairement les habitants en deux ou trois partis irréconciliables ; que la contiguité même de leurs propriétés ou de leurs exploitations loin de les rapprocher, met entre eux les petits cultivateurs aux prises en provoquant chaque jour, des conflits nouveaux ; on voit qu'il faudrait d'abord faire œuvre de pacification et parvenir à apaiser ces discordes et ces rivalités individuelles avant de songer à grouper les paysans en leurs faisant sentir la communauté même de leurs intérêts, et qu'il est bien difficile de fonder une œuvre de fraternité au milieu de ces petites guerres civiles permanentes.

2) D'autre part, le paysan français, c'est un fait reconnu de tous, est des moins communicatifs. Qu'on explique ce trait de son caractère, comme on voudra : qu'on y voit une sorte de défiance systématique ou plutôt un instinct atavique de misanthropie et de prudence ayant pris naissance pendant les longs siècles d'oppression où ont vécu ses ancêtres, il n'en reste pas moins un personnage concentré, impénétrable. Faisant grand mystère de tout ce qui le touche et surtout de l'état de ses affaires, même s'il en est satisfait, il ne peut, lorsque la gêne vient le presser, se décider à

avouer son embarras à ses voisins, à ses proches. Croit-on que, par cela seul, qu'une banque de crédit agricole a été fondée dans son pays, il va se départir de cette attitude séculaire pour avouer publiquement sa détresse et cela à l'ombre même de son clocher?

Le Notaire, au contraire, réalise, à ses yeux, le type idéal et exclusif du confident : Discret par devoir, inaccessible à la jalousie de métier puisqu'il exerce une profession différente de la sienne, personnification de la loi elle-même, détenteur de ses papiers de famille, il est pour lui, le confident naturel de toutes les misères d'argent, comme le prêtre est celui des misères morales. On n'hésite pas à lui avouer ses besoins, on n'éprouve aucune honte à solliciter son aide, et c'est enfin de compte à lui, que le cas échéant on recourt de préférence.

On le voit, si la persistance des populations rurales à travestir le Notaire en banquier constitue un déplorable abus, cet abus a des causes profondes, siégeant dans les replis même de l'âme villageoise et s'il peut être considérablement entravé par des réformes énergiques, nous doutons fort que le législateur parvienne jamais à l'extirper tout à fait de nos campagnes.

III. *Insuffisance du contrôle actuel.*

Les décrets de 1890 en édictant de sages mais incomplètes réformes confie aux chambres de discipline le soin d'en surveiller l'exécution. C'est là à notre avis une des raisons de l'inefficacité des mesures que ces décrets comportent.

Il est au moins étrange que le législateur ait pu faire si grand fonds sur le contrôle des chambres de discipline alors que depuis 1843 l'expérience avait démontré qu'en dépit de leur bonne volonté elles accomplissaient assez mal la mission de surveillance qui leur était déjà assignée. Si le besoin se faisait déjà sentir de les soumettre elles-mêmes dans l'accomplissement de ce devoir de surveillance au droit d'examen du Ministère public n'était-il pas plus simple de supprimer tout cet appareil de contrôle à deux degrés pour confier à une seule autorité le soin d'assurer le respect des décrets de 1890.

La seule difficulté aurait pu être de savoir précisément à quelle autorité imposer cette tâche.

Les agents de l'Enregistrement? Il n'y fallait pas songer, c'eût été les faire sortir de leur domaine

et leur ingérence aurait été pénible pour les Notaires (1).

Les magistrats du Ministère public? Leur immixtion fréquente dans les affaires du Notaire même légale et consacrée par l'habitude aurait pu nuire au crédit de ce dernier. Leur seule présence dans l'étude aurait été interprétée par le public ignorant de la façon la plus regrettable.

Il ne restait à notre avis qu'une seule autorité capable de surveiller efficacement les Notaires sans les discréditer et jouissant au surplus d'une compétence indiscutable; et nous croyons qu'en définitive il faut encore revenir au contrôle *des chambres* mais constitué sur de nouvelles bases.

Pour éviter précisément que les bonnes relations de confraternité existant entre Notaires voisins ne les portassent à une confiance irréfléchie ou à une indulgence réciproque, il aurait fallu établir des chambres de discipline *ad hoc* et départementales et par un roulement intelligemment combiné faire en sorte que les Notaires les plus éloignés l'un de l'autre fussent chargés du soin

(1) Cependant le Ministre de la justice avait songé à eux et dans sa circulaire du 1^{er} mars 1890, il disait: « je me suis d'ailleurs assuré du « concours éventuel de l'Administration de l'enregistrement; et si des « circonstances spéciales l'exigeaient cette administration consentirait « à ce qu'un ou plusieurs agents supérieurs fussent exceptionnellement « chargés de participer au contrôle de la comptabilité nationale ».

d'examiner réciproquement leur comptabilité respective et de se contraindre au respect des décrets de 1890 (1).

Vu par le Président de la thèse,

CH. MASSIGLI.

Vu par le Doyen,

GLASSON.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

(1) On a proposé d'autres remèdes à cette situation.

Certaines personnes, notamment M. Raspail, ont élaboré des projets de loi établissant entre les membres de chaque compagnie une solidarité collective à l'égard des tiers, à l'instar de celle qui existe entre les agents de change de Paris, de Lyon. Cette idée ne manque pas d'intérêts, mais ne vaut-il pas mieux imaginer des moyens préventifs pour conjurer toute catastrophe qu'un mode de réparation ?

On a proposé encore (projet Marty, 15 octobre 1888), la suppression absolue de la détention des fonds des tiers. C'est méconnaître les nécessités de la pratique.

BIBLIOGRAPHIE

Brissaud. — Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse
4.894-189 ; années 1878-1879.

Lucas. — De la Vénalité des charges I. p. 463 et note 69.

Paul Pont. — Responsabilité des Notaires. Revue du notariat.
tome II.

Bachelez. — Thèse de Doctorat sur la responsabilité des
fonctionnaires, 1883.

Clamageran. — Louage d'industrie. Mandat, commission,
p. 261.

Dalloz. — Répertoire de Législation. Mandat, notaire, notariat

Guillouard. — Du Mandat.

Emond. — De la Responsabilité civile des Notaires, thèse de
Paris, 1892.

Troplong. — Traité du droit civil, sur l'art. 2177.

Paul Pont. — Petits Contrats.

Amiaud. — Traité-formulaire du Notariat.

Defrénois & Vavasseur. — Formulaire du Notariat.

Bauby. — Responsabilité civile des Notaires.

Revue du droit public, année 1895, T. III et IV, p. 401 et s.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	I

SECTION I

CHAPITRE PREMIER

De la responsabilité à un point de vue général. . . .	1
---	---

CHAPITRE II

Action en responsabilité.

Conditions de son exercice	5
I. — Il faut qu'un préjudice ait été subi.	5
II. — Il faut qu'une faute ait été commise	7
III. — Qui peut intenter l'action?	12

CHAPITRE III

Principe de la responsabilité civile des Notaires. . .	17
I. — Système traditionnel	17
II. — Système analytique.	18
I. Mandat	19
II. Mandat salarié	20

	Pages
III. Louage de services	22
IV. Louage de service collectif	25
III. — Système du droit commun	27

CHAPITRE IV

Avant-Propos 33

Le Notaire fonctionnaire. 34

I. — Justification de cette appellation	34
II. — Raison publique de l'existence du Notaire fonctionnaire	43
III. — Traitement du Notaire fonctionnaire	45
IV. — Attributions fonctionnelles du Notaire.	47
1° Attributions conférées par la loi de Ventôse	47
2° Attributions fonctionnelles du Notaire conférées par des textes postérieurs à la loi de Ventôse	51
3° Attributions fonctionnelles reconnues au Notaire en vertu de son caractère, des travaux préparatoires de la loi de Ventôse et du sens des mots « recevoir » les actes et contrats	52

SECTION II

Responsabilité du Notaire en matière de prêts hypothécaires

CHAPITRE PREMIER

Nullité 57

I. — Nullités de forme ou extrinsèques	57
II. — Nullités ou défauts intrinsèques	69
I. — Erreurs de Droit	75
II. — Erreurs de fait	83

CHAPITRE II

Le secret professionnel et les obligations hypothécaires .	89
--	----

CHAPITRE III

I. — Clauses préventives	92
Validité de clauses	92
Dans quelle mesure les clauses d'exonération sont-elles valables	95

SECTION III

Responsabilité du Notaire mandataire ou Negotiorum gestor	99
--	----

CHAPITRE PREMIER

Le Notaire peut-il être mandataire ou gérant d'affaires de son client	101
--	-----

CHAPITRE II

Effets du Mandat ou de la gestion d'affaires sur la responsabilité du Notaire . . .	105
--	-----

CHAPITRE III

Distinction du mandat et de la gestion d'affaires .	110
I. — Différences au point de vue des obligations des contractants	111
II. — Différences au point de vue de la preuve et de l'admissibilité des présomptions	116

CHAPITRE IV

Preuve de l'acceptation du mandat par le Notaire . .	122
---	-----

CHAPITRE V

Validité du mandat tacite	126
--	-----

CHAPITRE VI

**Présomptions invoquées en justice pour établir l'existence
du mandat ou de la gestion d'affaires.** 129

**I. — Présomption invoquée relativement à la concession
du Mandat.** 130

1) Rapports habituels du Notaire avec son client. . . 130

2) Ignorance des parties; leur inexpérience des affaires 133

3) Prière adressée par le capitaliste qui reste détenteur de ses capitaux de l'aboucher avec un solliciteur de fonds 133

4) Dépôt de fonds en l'Etude 135

**II. — Présomptions relatives à l'entreprise de la gestion
d'affaires ou à l'acceptation du Mandat.** 135

1) Faits d'exécution relatifs à l'accomplissement des formalités à accomplir 136

2) Election de domicile et clause de paiement en l'étude du Notaire 138

3) Absence du prêteur lors de la réception de l'acte. . 140

4) Détention par le Notaire de la grosse de l'obligation 141

5) Fixation par le Notaire lui-même de toutes les conditions de l'obligation hypothécaire 141

6) Perception d'émoluments supérieurs à ceux du tarif légal 143

7) Démarches faites par le Notaire avant ou après la négociation au prêt. 144

CHAPITRE VII

**Le Notaire mandataire ou gérant d'affaires de son client
n'est pas présumé être sa caution** 148

CHAPITRE VIII

Pages

Droit de contrôle de la Cour de Cassation	
sur la régularité de la preuve admise par les juges	
du fond	151

APPENDICE

Les dépôts de fonds au Notaire.	
Leurs conséquences au point de vue du	
crédit agricole.	155
Responsabilité professionnelle en matière de dépôts de fonds .	163

Imp. des Malmaisons. A. JEQUIER, 27, rue Gandon, Paris.

IMP. Alfred JEQUIER
27, rue Gandon, Paris